

الجزء الاول

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي
الشهير ﴿ابن رشد الحفيد﴾ المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

﴿ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هجرية ﴾
﴿ على نفقة محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه ﴾

—*—

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
الحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

﴿ طبع بالمطبعة الجمالية — بمصر ﴾
(الكاتبة بحارة الروم بطفقة التري)
(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — وأحمد عارف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لقضي على جهة التدكر من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجري مجرى الاصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريباً وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى أن فشا التقليد. وقبل ذلك فلندكر كم أصناف الطرق التي تنلق منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التي أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا في ذلك فنقول .

إن الطرق التي منها تلتقيت الاحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة إما لفظ وإما فعل وإما إقرار وأما ما سكته الشارع من الاحكام فقال الجمهور إن طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس في الشرع باطل وما سكته عنه الشارع فلا حكم له ودليل العتلى يشهد بثبوته وذلك أن الوقائع بين أشخاص الاناسي غير متناهية والنصوص والافعال والاقراءات متناهية ومحال أن يقابل ما لا يتناهي بما يتناهي وأصناف الالفاظ التي ينلق منها الاحكام من الجمع أربعة ثلاثة متفق عليها وأربع مختلف فيه . أما الثلاثة المتفق عليها فللفظ عام يحمل على عمومها وأو خاص يحمل على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالا على على الأدنى وبالأدنى على الأعلى وبالمساوي على المساوي فنقل الاول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير ما لم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء . ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) فان المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع

الاموال . ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشم وما فوق ذلك وهذه إيمان يأتي المستدعى بها فاعله بصيغة الأمر . واما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به الأمر وكذلك المستدعى تركه إيمان يأتي بصيغة النهي و إيمان يأتي بصيغة الخبر يراد به النهي وإذا أنت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال في أحد الواجب والمنسحب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب أصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل يدل على الكراهية أو التحريم أولا يدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا . والاعيان التي يتعلق بها الحكم إيمان يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به إيمان يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان إيمان تكون دلالة على تلك المعاني بالسواء وهو الذي يعرف في أصول الفقه بالجمل ولا خلاف في انه لا يوجب حكما وإيمان تكون دلالة على بعض تلك المعاني أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أكثر ظاهرا أو يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أقل محتملا وإذا ردمت لقا حمل على تلك المعاني التي هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان ، من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي علق به الحكم ، ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقررة بتجنس ذلك العين هل أر بدبها الشكل أو البعض ، ومن قبل الاشتراك الذي في الفاظ الأمر والنهي . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من إيجاب الحكم لشيء ما نفي ذلك الحكم عما عدى ذلك الشيء أو من نفي الحكم عن شيء عما إيجابه لما عدى ذلك الشيء الذي نفي عنه وهو الذي يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فإن قوما فهموا منه أن لازكاة في غير السائمة . وأما القياس الشرعي فهو إلحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذي أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلامة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صفيين ، قياس شبهة وقياس عللة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذي أر بدبها الخاص فيلحق به غيره أعني ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذي بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو من باب دلالة اللفظ وهذا ان الصنفان يتقاربان

جد ألا نهما إلحاق مسكوت عنه بتطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا فشال القياس إلحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد والصداق بالنصاب في القطع . وأما إلحاق الربويات المقتات أو بالمكيل أو بالمطعم فمن باب الخاص أراده العام فتأمل هذا فإن فيه غموضا والجنس الاول هو الذي ينبني للظاهر أن تنازع فيه وأما الثاني فليس ينبني لها أن تنازع فيه لانه من باب السمع والذي يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب . وأما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التي تلتقي منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليست تقيده حكما اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تلتقي منها الاحكام اختلفوا في نوع الحكم الذي تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين أنها ان أتت بيا نالجمل واجب دلت على الوجوب وان أتت بيا نالجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بيا نالجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تلتقي منها الاحكام أو تستنبط . وأما الاجماع فهو مستند الى أحد هذه الطرق الاربع لانه اذا وقع في واحد منها ولم يكن قطعيا نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الاجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضي إثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع الى أصل من الاصول المشروعة . وأما المعاني المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهي بالجملة اما أمر بشيء وامانهى عنه واما تخيير فيه والامر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجبا وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفا العقاب مع الترك سمي ندبا والنهي أيضا ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرما ومحظورا وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكرها فتكون أصناف الاحكام الشرعية المتفاعة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكر وهو مخير فيه وهو المباح . وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة ، أحدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق الاربع أعني بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص أو خاصا يراد به العام أو عاما يراد به العام أو خاصا يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له ، والثاني الاشتراك الذي في الالفاظ وذلك إما في اللفظ المقرر كلفظ التراء الذي ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحمل أن يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

وبجزة شهادة القاذف، والثالث اختلاف الاعراب ، والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة، والخامس إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل إطلاق الرقة في العتق تارة وتقييدها بالإيمان تارة ، والسادس التعارض في الشئتين في جميع أصناف الالفاظ التي يطلق منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في القرارات أو تعارض القياسات أخصها أو التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضي رضي الله عنه، وإذا قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول في الوضوء فنقول :

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان القول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من يجب ومتى يجب ، الثاني في معرفة أفعالها ، الثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء ، الرابع في معرفة نواقضها ، الخامس في معرفة الاشياء التي تفعل من أجلها

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق) الآية فإنه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من زعمته الصلاة إذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذا من الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الاجماع فإنه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ

العبادات تقتضى ذلك . وأما من يجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضاً ثابت بالسنة والاجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتمل والجنون حتى يفيق . وأما الاجماع فانه لم ينتقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسألة قليلة الغناء في الفقه لأنها راجعة إلى الحكم الآخر . وأما متى يجب فإذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقاً بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام إلى الصلاة ومن شرط الصلاة دخول الوقت . وأما دليل وجوبه عند ارادة الافعال التي هي شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الاشياء التي يفعل الوضوء من أجلها أو اختلاف الناس في ذلك .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفة في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين) وما ورد من ذلك أيضاً في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الأثر الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنا عشرة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة إلى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتحديد محلها وتعيينه وأنواع أحكام جميع ذلك .

﴿ المسئلة الاولى من الشروط ﴾ اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمر والى ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم : إنما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم إلى انها شرط وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبي نوري وداود وذهب فريق آخر إلى انها ليست بشرط وهو مذهب أبي حنيفة والثوري . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة متحضمة أعني غير معقولة المعنى وانما تصدبها القرينة فقط كالصلاة وغيرها وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضمة مفتقرة إلى النية والعبادة المفهومة المنعني غير مفتقرة إلى النية والوضوء فيه شبهة من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر باهمها هو أقوى شبهة فيلحق به .

﴿ المسئلة الثانية من الاحكام ﴾ اختلف الفقهاء في غسل اليدين قبل إدخالهما في إناء الوضوء فذهب قوم إلى أنهم من سنن الوضوء باطلاق وإن يتيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك

(٧)

والشافعي وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده هو أيضاً مروى عن مالك وقيل إن غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد . فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول إنه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المنتبه من النوم وقول إنه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار . والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثالث من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال: إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قيل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدري أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثين لم يرب بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الأمرها هنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهاراً وأولياً ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضاً إذا كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذي هو الوجوب إلى التنبه ومن تأكد عنده هذا التنبه لما برته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال إنه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا التنبه قال إن ذلك من جنس المنسذوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذا الحال إذا تبين طهارتها أعني من يقول إن ذلك سنة ومن يقول انه تذب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أر بده العام كان ذلك عنده مندو بالمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أر بده العام كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وإنما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به إذا كان الماء مشروطاً فيه الطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يده قبل إدخالها في الاناء في أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أعني أن لا ينجس أو يقع فيه شك إن قلنا إن الشك مؤثر .

(المسئلة الثالثة من الأركان) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال، قول انها مستتبان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، وقول انها فرض فيعوبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود، وقول إن الاستنشاق فرض والمضمضة سنة

س به قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم في كونها فرضاً أو سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولاً تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة إن حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية إذا المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبينه أخرجهما من باب الوجوب إلى باب الندب ومن لم ير أنها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عند هذه الأقوال والأفعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول بمحوها على الوجوب والقول بمحوها على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك أن المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام : إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطأه والبخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة .

المسئلة الرابعة من تحديد الحال ﴿ اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجلسة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاعسلوا وجوهكم) واختلقوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذي بين العذار والأذن وفي غسل ما انسدل من الحية وفي تحليل الحية فالشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذي بين العذار والأذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين لأمره والماتحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال وقال أبو حنيفة والشافعي هو من الوجه . وأما ما انسدل من الحية فذهب مالك إلى وجوب إمرا الماء عليه ولم يوجب أبو حنيفة ولا الشافعي في أحد قوليه . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين أعني هل يتناولهما أولاً يتناولهما . وأما تحليل الحية فذهب مالك أنه ليس واجباً به قال أبو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الأمر بصحليل الحية والأكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التحليل .

المسئلة الخامسة من التحديد ﴿ اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق) واختلقوا في إدخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة إلى وجوب إدخالها وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخرى أصحاب مالك والطبري إلى أنه لا يجب إدخالها في الغسل . والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذي في حرف إلى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف إلى مرة

يدل في كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع ، واليد أيضاً في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ، على الكف فقط ، وعلى الكف والذراع ، وعلى الكف والذراع والمضد فمن جعل الى بمعنى مع أو فهم من اليد مجموع الثلاثة لأعضاء أو وجب دخولها في النسل ومن فهم من الى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عندهم دخلاً في المحدود لم يدخلها في النسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في المضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ وهو حجة لتقول من أوجب ادخالهما في النسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب أن لا يصار إلى أحدهما للمعنيين إلا بدليل وإن كانت إلى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر في مادون المضد منه فيما فوق المضد قول من لم يدخلها من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلها من جهة هذا الأثر بين إلا أن يحمل هذا الأثر على الندب والمسئلة محتملة كما يرى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه ﴿ المسئلة السادسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر الجزى منه فذهب مالك إلى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك وأبو حنيفة إلى أن مسح بعضه هو القرض ومن أصحاب مالك من حدد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين وأما أبو حنيفة فحده بالربع وجمع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال إن مسحه بأقل من ثلاثة أصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في المسح ولا في الممسوح حداً . وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل أخذت شوبه وبعضه ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب أعنى كون الباء بمعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ها هنا كونها مؤكدة ومن رآها بمعضة أوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه الصلاة والسلام : توضأ فسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وإن سلمنا أن الباء زائدة بقى ها هنا أيضاً احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها .

﴿ المسئلة السابعة من الأعداد ﴾ اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الأعضاء المغسولة هو مرة اذا أسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح أنه صلى الله عليه وسلم

توضاً مرة مرة وتوضاً مرتين مرتين وتوضاً ثلاثاً ثلاثاً لأن الأمر ليس يقتضي إلا الفصل مرة مرة أعني الأمر الوارد في الفسل في آية الوضوء . واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي إلى أنه من توضاً ثلاثاً ثلاثاً مسح رأسه أيضاً ثلاثاً وأكثر الفقهاء يرون أن المسح لا فضيلة في تكريره . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد إذا أتت من طريق واحد ولم يروها إلا أكثر وذلك أن أكثر الأحاديث التي روى فيها أنه توضاً ثلاثاً ثلاثاً من حديث عثمان وغيره لم يثبت فيها إلا أنه مسح واحدة فقط . وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضاً مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك أن المفهوم من عموم هذا اللفظ وإن كان من لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء إلا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فإن صحت بحجج المصير إليها لأن من سكت عن شيء ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجدد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الأعضاء . وروى عن ابن الماجشون أنه قال إذا تقدم مسح رأسه بلبل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح أن يبدأ بعمقه رأسه فغير يديه إلى قفاه ثم يردهما إلى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت . وبعض العلماء يجتاز أن يبدأ من مؤخر الرأس وذلك أيضاً مروى من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ إلا أنه لم يثبت في الصحيحين .

المسئلة الثامنة من تعيين الحال . اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد ابن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالأثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما ردد من رددوا لأنه لم يصب عنه وإما لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الأمر فيه بمسح الرأس وإمالته لم يشتهر العمل به عندهم بشرط اشتها العمل فيما قل من طريق الأحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يراعى اشتها العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية إذ لا يجمع الأصل والبدل في فعل واحد

المسئلة التاسعة من الاركان ﴿ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فرضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس إلى أنه فرضة وأنه يجدد لهما الماء ومن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فهم ما لم ينهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك ^(١) الا انهما مسحان مع الرأس بما واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضا من أصحاب مالك ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة . وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافهم في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب أم هي مينة للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فن أوجبها جعلها مينة للمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسيبه تردد الأذنين بين ان يكونا عضوا مفردا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكون جزءا من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما بفصلان مع الوجه وذهب آخرون الى انه مسح باطنهما مع الرأس و يفصل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين ان يكون جزءا من الوجه أو جزءا من الرأس وهذا المعنى لهم مع اشتار الآثار في ذلك بالمسح واشتار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحب في مسح الرأس .

المسئلة العاشرة من الصفات ﴿ اتفق العلماء على ان الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالتويعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكف . وسبب اختلافهم القراءة ان المشهور ان في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ أو أوجلكم بالنصب عطف على المفسول وقراءة من قرأ أو أوجلكم بالخفض عطف على الممسوح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين إما الغسل وإما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالباء بل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التي التي ترجحت عنده ومن اعتقدان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرهما على السواء وانه

(١) انظر هذا في المقرر في مذهب أبي حنيفة ان مسحهما سنة لا فرض

ليست احدهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جعل ذلك من الواجب التحير
ككفارة الجمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجمهور رأوا يلات في قراءة الخفض
أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى إذ كان ذلك موجودا في كلام العرب مثل
قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوا في المور والقطر)

بالخفض ولوعطف على المعنى لرفع القطر وأما الفرق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فانهم
تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر :

* فلنسنا بالجبال ولا الحديد * وقد رجح الجمهور قراءة هذه بالتأنيث عليه الصلاة
والسلام إذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء: ويل للعقاب من النار قالوا فهذا
يدل على ان الغسل هو القرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة
لانه انما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل فقرضه
الغسل في جميع القدم كما ان من شرع في المسح فقرضه المسح عند من يحير بين الأمرين .

وقد يدل على هذا ما جاء في أثر آخر خرجه أيضا مسلم أنه قال : فجعلنا مسح على أرجلنا فنادى
ويل للعقاب من النار وهذا الأثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به في منع المسح
فهو أدل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما يتعلق فيه بترك الصميم لا بنوع الطهارة بل
سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة
والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح أشد
مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا يبقى دنسهما غالبا إلا بالغسل و يبقى دنس
الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المقررة
حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا وأعني بالمصلح ما يرجع
الى الامور المحسوسة وبالعبادى ما يرجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل
يدخلان في المسح أو في الغسل عند من أجاز المسح . وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في
حرف الى أعني في قوله تعالى (وأرجلكم الى الكعبين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف
في قوله تعالى (الى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هناك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن
اشتراك حرف الى وهما من قبل اشتراك حرف الى فقط . وقد اختلفوا في الكعب ما هو
وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالة قيل هما العظمان اللذان عند
معدن الشراك وقيل هما العظمان التان في طرف الساق ولا خلاف في ما أحسب في
دخولهما في الغسل عند من يرى انهما عند معدن الشراك اذا كانا جزءا من القدم ولذلك قال قوم

انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعني الشيء الذي يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى ﴿ تَمِمْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى الْيَوْمِ ﴾ .

المسئلة الحادية عشرة من الشروط ﴿ اختلفوا في وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هوسنة وهو الذي حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثوري ودادود وقال قوم هو فرضية وبه قال الشافعي وأحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المرفوض مع المرفوض وأما ترتيب الأفعال المقرضة مع الأفعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هوسنة . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما الاشتراك الذي في واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الأشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك أقسم النحويون فيها قسمين فقال نحة البصرة ليس تقتضي نسقا ولا ترتيبا وإنما تقتضي الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضي النسق والترتيب فن رأى أن الواو في آية الوضوء تقتضي الترتيب قال بإيجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضي لم يقل بإيجابه ، والسبب الثاني اختلافهم في أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم ير عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الامر بتأويل حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمرفوض من الأفعال قال ان الترتيب الواجب وإنما ينبغي أن يكون في الأفعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون في الأفعال التي ليست واجبة .

المسئلة الثانية عشرة من الشروط ﴿ اختلفوا في المواالات في أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن المواالات فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعي وأبو حنيفة الى أن المواالات ليست من واجبات الوضوء . والسبب في ذلك الاشتراك الذي في الواو أيضا وذلك انه قد يعطف بها الأشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الأشياء المترامية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لستقوط المواالات بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ في أول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد دخل الخلاف في هذه المسئلة أيضا في الاختلاف في حمل الأفعال على الوجوب أو على الندب وإنما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسي الاصل فيه في الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع ان له تأثيرا في التخفيف وقد ذهب قوم

الى أن التسمية من فرض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام: لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمله بعضهم على أن المراد به التوبة وبعضهم حمله على التذنب فيما أحسب . فهدم مشهورات المسائل التي تجري من هذا الباب بجري الاصول وهي كما قلنا متعلقة إما بصفات أفعال هذه الطهارة وإما بتجدد مواضعها وإما بتعريف شرطها وأركانها وسائر مآذ كره .

ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء . والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديده محلّه وفي تعيين محله وفي صفته أعني صفة المحل وفي توقيته وفي شرطه وفي نواقضه .

المسألة الاولى ﴿ فاما الجواز فقيه ثلاثة أقوال ، القول المشهور أنه جائز على الإطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار ، والنول الثاني جوازه في السفر دون الحضر ، والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشدها والا فويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك .

والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الواردة فيها الامر بغسل الرجل الاّ ثار التي وردت في المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في ان صدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الاثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بخبر واحد مسلم انه كان يمسحهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام : يمسح على الخفين فقبل له إنما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسألت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآيتين والآثار تعارض لان الامر بالغسل إنما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة إنما هي للابس الخف وقيل ان تأويل قراءة الارجل بالخف هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر الآثار الصريحة الواردة في مسح عليه الصلاة والسلام إنما كانت في السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان زعمه بما يشق على المسافر .

المسألة الثانية ﴿ وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعني أسفل الخف مستحب ومالك أحدم رأياً هذا والشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطنهما وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطن وهو مذهب أبي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذأشبه فقال إن الواجب مسح الباطن أو الاعلى

أيهما مسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالتسل وذلك ان في ذلك أثرين متعارضين ، أحدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم : مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي : لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ بما حديث علي وإما حديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس أعنى قياس المسح على الفصل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند والاسم ففي هذه المسئلة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لانه لا هذا الاثر أتبع ولا هذا القياس استعمل أعنى قياس المسح على الفصل .

(المسئلة الثالثة) وأما نوع مسح المسح فان النعماء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم ومن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة ومن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري . وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام : أنه مسح على الجوربين والتعلين واختلفهم أيضاً في هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يعتد بها لمحمد بن أبي بصير عنده الحديث أنه لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الآثار وجوز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين وهذا الأثر لم يخرج الشيخان أعنى البخاري ومسلم وصححه الترمذي ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك في المسح عليهما وإتان أحدهما باليمن والأخرى بالجواز (المسئلة الرابعة) وأما صفة الخف فتهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في الخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيراً وحده أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق مادام يسمى خفاً وان تفاخس خرقه ومن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيراً في أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال القرض من الفصل الى المسح هل هو لموضع السترة أعنى سترة الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فمن رآه لموضع السترة لم يحز المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الفصل ومن رأى ان العلة في ذلك

المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفياً . وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسن ورفع الحرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخرق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد وتقل عنهم . قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الاجلاء به لينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس ما نزل إليهم)

(المسئلة الخامسة) وأما التوقيف فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فيه فرأى مالك ان ذلك غير موقت وان لا يلبس الخف بمسح عليهم ما لم يزرعها أو تصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعي الى ان ذلك موقت . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام وليا هن للمسافر ويوماً ليلة للمقيم خرجه مسلم ، والثاني حديث أبي بن عمار انه قال : يا رسول الله أمسح على الخف قال نعم قال يوماً قال نعم قال يوماً قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعمائة قال أمسح ما بدالك خرجه أبو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال : كنا في سفر فامرنا ألا نزرع خفافاً ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة ولكن من بول أو نوم أو غائط ^(١) (قلت) أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبي بن عماره فقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث علي وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بان يقال ان حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عماره نص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فلي هذا يجب العمل بحديث علي وصفوان وهو الاظهر الآن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لان النواقض هي الاحداث .

(المسئلة السادسة) وأما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين يظهر الوضوء وذلك شئ يجمع عليه الا خلافاً شاذاً وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكر ما ينسب اليه في المتنخب وانما قال به الاكثر لثبوته في حديث المعيرة وغيره اذا أراد أن يزرع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فاني أدخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجله ولبس خفيه ثم أتم

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية النسائي ثلاثة أيام ولياليهن من غائط وبول ونوم الا من جنابة

وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير أن الترتيب واجب ورأى أن الطهارة تصح لكل عضو قبل أن تكل الطهارة لجميع الاعضاء قال يجوز ذلك ومن رأى أن الترتيب واجب وأنه لا تصح طهارة العضو إلا بعد طهارة جميع أعضائه الطهارة لم يحز ذلك وبالقول الأول قال أبو حنيفة والثاني قال الشافعي ومالك إلا أن مالكاً يمنع ذلك من جهة الترتيب وإنما منع من جهة أنه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو إلا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام: وهما طاهران فأخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة: إذا أدخلت رجلك في الخف وهما طاهران فمسح عليهما وعلى هذه الأصول يضرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجله وقبل أن يغسل الأخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لأنه لا لبس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق وقال أبو حنيفة والثوري والمري والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة ممن أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا أنه لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية لم يلبسها جازله المسح وهل من شرط المسح على الخف ألا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كانت نزع طهارة القدم إلى الخف إذا استمر الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الأسفل الواجبة إلى الخف الأعلى فمن شبه النقلة الثانية بالأولى أجاز المسح على الخف الأعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يحز ذلك .

﴿المسئلة السابعة﴾ فاما نواقض هذه الطهارة فانهم أجموا على أنها نواقض الوضوء بينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم أن نزع وغسل قدميه فطهارته باقية وإن لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه ومن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة إلا أن مالكا رأى أنه إن أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه وفي وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل ومن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال الحسن بن حي إذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الأقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبيتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وإن نزع الخفين كن قطعت رجلاه بعد غسلهما وإن قلنا أنه بدل فيحصل أن يقال إذا نزع الخف بطلت الطهارة إن كنا نشترط القور ويحصل أن يقال إن غسلها أجزأت الطهارة إذا لم يشترط القور وأما اشتراط القور من حين نزع الخف فضعيف وإنما هو شيء

يتخيل فهذا ما رأينا أن تثبت في هذا الباب .

﴿ الباب الثالث في المياه ﴾

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (و ينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم يجدوا ماء فجمعوا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على أن جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مطهرة لتغيرها الماء البحر فإن فيه خلافا في الصدر الاول شاذ أو محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالنظر الذي خرجهم مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر : هو الطهور ماؤه الجبل ميتته ودو وان كان حديثا مختلفا في محته فظاهر الشرع بضمه . وكذلك أجمعوا على أن كل ما تغير الماء عما لا يبتك عنه غالبا أنه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذاً روى في الماء إلا نحن عن ابن سيرين وهو أيضاً محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . واتفقوا على أن الماء الذي غيرت النجاسة ما طعمه أولونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الاوصاف أنه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور . واتفقوا على أن الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التي لم تغير أحد أوصافه وأنه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك في ست مسائل نحري بحري القواعد والاصول لهذا الباب .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيراً أو قليلاً وهي إحدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلاً كان نجساً وان كان كثيراً لم يكن نجساً وهو لا اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى ان الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو قلтан من قلل هجر وذلك نحو من خمسائة رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حد أولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضاً مروى عن مالك وقد روى أيضاً أن هذا الماء مكره فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال ، قول ان النجاسة تفسده ، وقول انها لا تفسده إلا أن تغير أحد أوصافه ، وقول انه مكره . وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث أبي هريرة انتم دم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضاً حديث أبي هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم

يفتسل فيه فانه يوم يظهر أيضاً أن قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابياً قام إلى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره أن قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم أن ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبي سعيد الخدري كذلك أيضاً أخرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول له انه يستقي من بئر بضاعة ويؤذي بها لحوم الكلاب والخنازير وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: ان الماء لا ينجسه شيء فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث واختلقوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعراب وحديث أبي سعيد قال ان حديثي أبي هريرة غير معقول المعنى وامثال ما تضعه عباداً فلا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرة أفرطت في ذلك فقالت لوصب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الفسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا التول ومن كره الماء القليل نخله النجاسة البسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثي أبي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد على ظاهرهما أعني على الاجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمعما بين حديثي أبي هريرة وحديث أبي سعيد الخدري بأن حمل حديثي أبي هريرة على الماء القليل وحديث أبي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحديث في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه أخرجه أبو داود والترمذي وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء ما ينوب منه من السباع والدواب فقال: ان كان الماء قتلين لم يحمل خبثاً وأما أبو حنيفة فذهب الى ان الحديث في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريران النجاسة في جميع الماء سريران الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين لحديث الاعرابي المشهور مارض له ولا بد فذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورودها على الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما في حديث أبي هريرة ننجس وهذا تحكم وله اذا تأمل وجهه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجتماع على ان النجاسة البسيرة لا تؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسري في جميع أجزائه وأنه يستحيل عنها من الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد ان

قدراً مأمناً من الماء لوجه قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً آخر أعلم أنه تنهى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزءه ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لأن نسبته إلى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير إلى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعني في وقوع الجزء الآخر الطاهر على آخر جزءه يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن . واختلقوا إذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة في الجمع هو أن يحمل حديث أبي هريرة ما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأسس على الجواز لأن هذا التلويح يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها أعني حديث أبي هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة في الماء وحدا الكراهية عندى هو ما تعافه النفس وترى أنه ماء خيث وذلك أن ما يعاف الإنسان شره يجب أن يحتجب استعماله في القرية إلى الله تعالى وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من احتج بأنه لو كان قليل النجاسة يتنجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحداً أبداً إذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره أبداً نجساً فتقول لا معنى له لما بيناه من أن نسبة آخر جزءه من الماء على آخر جزءه يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير إلى النجاسة القليلة وإن كان معجبه كثير من المتأخرين فإننا لم قطعاً أن الماء الكثير يحيل النجاسة و يقلب عينها إلى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على أن الماء الكثير لا تنفسده النجاسة القليلة فإذا تابع الفاسل صب الماء على المكان النجس أو المصنوع النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولا فرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينه دفعة أو يرد عليها جزءاً بعد جزء فاذا حوّلنا ما احتجوا بموضع الإجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعر بذلك والموضعان في غاية التباين . فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولو دنا من لؤسنا في كل مسألة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى طولاً ورجوعاً في الزمان عنه وإن لاحظت هو أن تؤم الغرض الأول الذي قصدناه فإن يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسنتم هذا الغرض .

(المسئلة الثانية) الماء الذى خاطه زعفران أو غيره من الأشياء الطاهرة التى تنفك منه غالباً متى غيرت أحد أوصافه فإنه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند أبى حنيفة ما لم يكن التغير عن طبعه . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق

للماء الذي خالطه أمثال هذه الاشياء أعنى هل يتناوله أولا يتناوله فن رأى انه لا يتناوله اسم الماء المطلق وإنما يضاف الى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا الا ما مطلق لم يحز الوضوء به اذ كان الوضوء نغما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء وظهور عدم تناول اسم الماء المطلق مع شيء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه الا ما في كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممنعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته: أغسلها بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافورا أو شيئا من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المختلطة والقلة والفرق بينهما فاجاز مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يحزم مع الكثرة.

﴿المسئلة الثالثة﴾ الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال تقوم لم يحجزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وقوم كرهوه ولم يحجزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال أبو ثور وداود وأصحابه وشذأبو يوسف فقال انه نجس . وسبب الخلاف في هذا أيضا ما يظن من انه لا يتناوله اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلافظ ان اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي بقي فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه في الغالب ليس ينهي الى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الاعضاء التي تغسل به فان انتهى الى ذلك خفي حكمه حكم الماء الذي تغير أحد أوصافه بشئ طاهر وان كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا الحظ من كرهه وأما من زعم انه نجس فلا دليل معه .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على طهارة استار المسلمين وبهية الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلافا كثيرا فذهب من زعم ان كل حيوان طاهر السور ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكب وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاستار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاستار نجسة وان كانت

مكرهة فلا ستار مكرهة وان كانت مباحة فلا ستار طاهرة . واما سؤر المشرك فقبيل انه نجس وقيل انه مكره اذا كان يشرب الخمر وهو مذنب بن القاسم وكذلك عنده جميع أسئار الحيوانات التي لا تتوقى النجاسة غالباً مثل الدجاج الخجلة والابل الجلالة والكلاب الخجلة وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء ، أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب ، والثاني معارضته لظاهر الآثار ، والثالث معارضة الآثار بعضها بعضاً في ذلك . اما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرک وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وما هو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الخي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرک ففي قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حمل هذا أيضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لم يرد قياسه . واما الآثار فلانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع . واما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولاهن بالتراب وفي بعضها وغفر وه الثامنة بالتراب واما الهر فارادقة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طهروا الإناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة أو مرتين وقررة ثقة عند أهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً ، واما تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة ترد بها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت في بطونها ولكم ما غير شرابها وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطا وهو قوله باصاحب الحوض لا تخبرنا فان ارد على السباع وترد علينا وحديث أبي قتادة أيضاً الذي أخرجه مالك ان كبشة سكت له وضوء أجنات هرة لتشرب منه فأصغى لها الإناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الامر بآفة سؤر الكلب وغسل الإناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم ير آفة ما عدى الماء من الأشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك

كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولانه ظن أيضاً انه ان فهم منه ان السكب نجس العين عارضه
ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد انه لو كان نجس العين لنجس
الصيد بماسته وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في
غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يرجع على سائر تلك الآثار لضيقها عنده. وأما
الشافعي فاستثنى السكب من الحيوان الحى ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة
سؤره وان لمابه هو النجس لا عينه فما أحسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى
الخنزير لمكان الآية المذكورة. وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المقوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة
سؤر السباع والهر والسكب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام
فقال الأستاذ نابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك السكب والهر والسباع
على ظاهر الأحاديث الواردة في ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر السكب والهر فاستثنى
من ذلك السباع فقط. أما سؤر السكب فللعدد المشروط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب
له ولمعارضة حديث أبي قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والسكب
طواف وأما الهرة فصيرا الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرعة عن ابن سيرين
وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وماورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة به دليل
الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهم منه ان مالس بطواف
وهى السباع فاستثارها حرمة ومن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا
بنجاسة سؤر السكب ولم ير العدد في غسله شرطاً في طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض
ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعنى ان المعتبر فيها انما هو إزالة العين فقط وهذا على عادته
في رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الاصول لها . قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث
بعضاً ولم يستعمل بضعاً أعنى أنه استعمل منه ما لم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل
ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبي هريرة الذى روى الحديث . فبهذه
الاشياء التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق
فيها والمسئلة اجتهادية محضة يصيران وجود فيها ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة
استثارة الحيوان السكب والخنزير والمشرى لصحة الآثار الواردة في السكب ولان ظاهر
الكتاب أولى أن يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرى من القياس وكذلك ظاهر
الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر السكب فان الامر بارافة ما ولغ
فيه السكب مخيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المقوم بالعادة في

الشرع من الامر باراقة الشيء وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشيء وما عترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تليظها . قال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذي ولغ في الاناء كلبا فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فلا ولي ان يعطى علة في غسله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد عترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قل ان الكلب الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا في مباديها وفي أول حدوثها فلامعنى لا عراضهم وأيضا فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل في سورة خاصة من هذا الوجه ضارة أعني قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستنكر ور ومثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب إذا وقع في الطعام ان يغرس وتعليل ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما قيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضري فضعيف وبمعنى هذا التعليل إلا أن يقول قائل ان ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذ .

المسئلة الخامسة ﴿ اختلف العلماء في أسنار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن أسنار الطهر ظاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون الى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرا معا وقال قوم لا يجوز وان شربا معا وهو مذهب أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك ان في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثاني حديث مبني أنه اغتسل من فضلها والثالث حديث الحكم التقي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة أخرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرا معا فذهب العلماء في تأويل هذه الاحاديث

مذهبيين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض . وأما من رجع حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من أناه واحد على سائر الأحاديث لانه مما انفق الصحاح على تحريمه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسل معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لأن المعتسليين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصح حديث معونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الفقاري فقال بطهر الاستار على الاطلاق وأما من رجع حديث الفقاري على حديث معونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الفقاري وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من أناه واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من أناه واحد ولم يجز أن يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن يتطهر هي من فضل طهره وأما من ذهب بمذهب الجمع بين الأحاديث كلها ما خلا حديث معونة فإنه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن أن يجمع عليه حديث الفقاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من أناه واحد ويكون فيه زيادة وهي الاغتسال المرأة أيضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث معونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من أن بعض رواه قال فيه أكثر ظني أو أكثر علمي أن أبا الشعثاء حدثني وأما من لم يجز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه ولا بشرعان معاً فلمسلم لم يبلغه من الأحاديث الا حديث الحكم الفقاري وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فليست أعلم له بحجة الا انه مروي عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

المسئلة السادسة ﴿ صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء المصا إلى اجازة الوضوء بنبيذ التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هل معك من ماء فقال معي نبيذ في أداوتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيب فتوضأ به وقال شراب وظهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثمرة طيبة وماء ظهور وزعموا انه منسوب إلى الصحابة على وابن عباس وانه لا يخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقلوه لضعف رواه ولانه قد روى من طريق أو ثقی من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحصح الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء فمعدا طيباً ﴾ قالوا فلم يجعل هاهنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء

المسلم وإن لم يجد الماء إلى عشر حجج قاذوا جدا الماء فطمسه بشرته ولم أن يقولوا أن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة تقتضي نسخا فيما رخصها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم أن الزيادة نسخ .

﴿ الباب الرابع في نواقض الوضوء ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ . واتفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجا على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

﴿ المسألة الأولى ﴾ اختلف علماء الأمصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أي موضع خرج وعلى أي جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب عنها الوضوء كالدّم والرعاف الكثير والقصد والحجامة والتي إلا اليلغم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحّاب أبي حنيفة أنه إذا ملاما القم فقيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء السير من الدّم إلا بمجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكروا الذكور فقالوا كل ما خرج من هذين السيلين فهو ناقض للوضوء من أي شيء خرج من دم أو حصا أو بلمع وعلى أي وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحّاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينتقض الوضوء فلم يروا في الدّم والحصاة والدود وضوء أو لا في السلس ومن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه . والسبب في اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق إلى ذلك ثلاث احتمالات، أحدها أن يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الأشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله، الاحتمال الثاني أن يكون الحكم انما علق بهذه من جهة أنها نجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث أن

يكون الحكم أيضاً متعلق به من جهة انها خارجة من هذين السيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أر بده العام ويكون عندما لا يكون استحبابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه قال الشافعي وأبو حنيفة اتفاقاً على أن الامر بهما هو من باب الخاص أر بده العام واختلفاً أى علم هو الذى قصده فمالك يرجح مذهبه بأن الاصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي يوجب أن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على إيجاب الوضوء من الريح الذى يخرج من أسفل وعدم إيجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيهاً على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الرجين مختلفان فى الصفة والزائفة وأبو حنيفة يوجب لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة فى الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكيمة فان فيها شبهان الطهارة المعنوية أعنى طهارة النجس ومحدث نو بان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء قوضاً وباروى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرعاف وباروى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المقهور من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على إيجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لا أمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فأرى أن المرض له هاتان تأثيراً فى الرخصة قياساً أيضاً على ما روى أيضاً من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالفسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف فى هذه الزيادة فيه أعنى الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا يتقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يتغلب دماً .

المسئلة الثانية اختلف العلماء فى النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا انه ليس يحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتقده حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا فى الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا اختلف الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يمرض فيها الاستئصال

من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه الآن يطول ذلك به . واختلف القول في مذهبه في الزاكنة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف نام انام الوضوء الا من نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى معبودة فنام عندها حتى سمعنا غطيته ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا نمت أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فإنه لعله يذهب ان يستغفر به فيسب نفسه وما روى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار نافية . وهاهنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك انه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا لا نزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا نترع الا من جنبه فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذي ، ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليلا وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة) أي اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما امارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فن ذهب مذهب الترجيح إما أن يستقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التي تسقطه وإما أوجه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التي توجه أيضا أعني على حسب ما ترجع عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المستقط ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمستقط للوضوء على القليل وهو كالعلماء مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الأصوليين . وأما الشافعي فالحمل على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعني انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وإنما أوجه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر .

وأما مالك فلما كان النوم عنده ما ينقض الوضوء من حيث كان غالباً سبباً للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستئمان أو الطول أو الهيئة فلم يشترط في الهيئة التي يكون منها خروج الحدث غالباً الطول ولا الاستئمان واشترط ذلك في الهيئة التي لا يكون خروج الحدث منها غالباً .

المسئلة الثالثة اختلف العلماء في إيجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم إلى أن من لمس امرأة بيده مفضياً إليها ليس بينها وبينه حجاب ولاستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لأن القبلة عندهم ليس ما وسواء أتخذ أم لم يتخذ وهذا القول قال الشافعي وأصحابه إلا أنه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما مرة أيضاً فرق بين ذوات المحارم والزوجات فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون إلى إيجاب الوضوء من اللمس إذا قارنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل أو بغير حائل بأي عضو أيقم ماعدى القبلة فانهم لم يشترطوا في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه . ونفى قوم إيجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبي حنيفة ولكل سلف من الصحابة الاشتراط اللذة فإني لا أذكر أحداً من الصحابة اشتراطها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فإن العرب تطلقه مرة على اللمس الذي هو باليد ومرة تسكنى به عن الجماع فذهب قوم إلى أن اللبس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى (أو لامستم النساء) وذهب آخرون إلى أنه اللبس باليد ومن هؤلاء من رأه من باب العام أر يده الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أر يده العام فلم يشترط اللذة فيه . ومن اشترط اللذة فاعادعاه إلى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده ورأى المسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبي ثابت عن عرو وعنه عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قبّل بعض نساءه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي إلا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث . وانه الحجازيون وصحبه الكوفيون وإلى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال ورأى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نباتة . وقال الشافعي أن ثبت حديث معبد ابن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللبس وضوءاً . وقد أحجج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللبس ينطلق حقيقة على اللبس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وانه إذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالأولى أن يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز أولاً . ولك أن قولوا

ان المجاز اذا كثراستعمله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطنن من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي أعتقده أن اللمس وان كانت دلالة على المنعنين بالسواء أو قرىبان السواماته أظهر عندى في الجماع وان كان مجاز لأن الله تبارك وتعالى قد كنى بالباشرة واللمس عن الجماع وهما في معنى اللمس وعلى هذا التأويل في الآية يحتمل بها في اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ماسأتى بعد وترفع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللمسين معاقصين فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك انما تقصده معنى واحدا من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم .

المسئلة الرابعة (١) مس الذي كراختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى الوضوء فيه كيف مامسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرفه وضوء أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين ان يمس بحال أولا يمس به تلك الحال وهؤلاء افرقوا فيه فرافقهم من فرق فيه بين ان يلتذ أولا يلتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف أولا يمس به فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك أوجبوه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظواهرها وهذا ان الاعتبار ان مرويان عن أصحاب مالك وكأن اعتبار بباطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم في ذلك بين الممد والنسيان فأوجبوا الوضوء مع الممد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة . وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الاحاديث الواردة في إيجاب الوضوء عن مس الذكركرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقدرى ايضا معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقدرى ايضا معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن ايضا يصححه ولم يخرج به البخارى ولا مسلم ، والحديث الثانى المعارض له حديث طلق بن على قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال يا رسول الله ماترى في مس الرجل ذكرك بعد ان يتوضأ فقال :

وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضاً أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء فى تأويل هذه الاحاديث أحد مذهبين إمام مذهب الترجيح أو التسخ وإمام مذهب الجمع فنرجح حديث بسرة أو رأهناستأخذ حديث طلق بن على . قال بإيجاب الوضوء من مس الذكرو من رجح حديث طلق بن على أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه فى حال ولم يوجبه فى حال أو حمل حديث بسرة على التذب وحديث طلق بن على على نقي الوجوب والاحتجاجات التى يحج بها كل واحد من الفريقين فى ترجيح الحديث الذى رجحه كثيرة بطول ذكرها وهى موجودة فى كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه .

المسئلة الخامسة ﴿﴾ اختلف الصدر الاول فى إيجاب الوضوء من أكل مامسته النار لاختلاف الآثار الواردة فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود واكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجز ورثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

المسئلة السادسة ﴿﴾ شذأبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك فى الصلاة لم يسل أبى العالية وهو أن قوماً يحكوا فى الصلاة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلًا ونحالفته للاصول وهو ان يكون شئ ما ينقض الطهارة فى الصلاة ولا يتقضاها فى غير الصلاة وهو مرسل صحيح .

المسئلة السابعة ﴿﴾ وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتاً فليقتل ومن حمله فليتوضأ . وينبى ان تعلم ان جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأى نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعنى انهم رأوا انه اذا كان النوم وجب الوضوء فى الحالة التى هى سبب للحدث غالباً وهو الاستئصال فأحرى ان يكون ذهب العقل سبباً لذلك فهذه هى مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبى ان نصير الى الباب الخامس .

﴿ الباب الخامس ﴾

وهو معرفة الأفعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وإن كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا أن ذلك شرط في جميع الصلوات إلا في صلاة الجنائز وفي السجود أعني سجود التلاوة فإن فيه خلافاً شاذاً . والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب إلى أن اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور واشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب إلى أنه لا ينطلق عليهما إذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضاً ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي إلى أنها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر إلى أنها ليست بشرط في ذلك . والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسها المطهرون) بين أن يكون المطهر من هم بنو آدم وبين أن يكونوا هم الملائكة وبين أن يكون هذا الخبر مفهوماً للنبي وبين أن يكون خبراً لآل أبيه فمن فهم من المطهرين نبي آدم وفهم من الخبر النبي قال لا يجوز أن يمس المصحف إلا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهر بن الملائكة قال أنه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف وإذا لم يكن هنالك دليل لأمّن كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الأمر على انبراءة الأصلية وهي الإباحة . وقد اختلف الجمهور لمذهبهم بحديث عمر وبن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: لا يمس القرآن إلا طاهر وأحاديث عمر وبن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لأنها مصحفة ورأيت ابن أمقرؤ يصححها إذا رآها الثقات لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمر وبن شبيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في إيجاب الوضوء على الجنب في أحوال ، أحدها إذا أراد أن يتام وهو جنب فذهب الجمهور إلى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر إلى

وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر أنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نصيبه جنباً من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : توضأ واغسل ذكرك ثم تم وهو أيضاً روى عنه من طريق عائشة . وذهب الجمهور إلى حل الأمر بذلك على التذب والدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية . وقد احتجوا أيضاً لذلك بأحد حديث أنبأه حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأنى بطعام فقالوا ألا تأتيك بطهر فقال : أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فتبيل له ألا تتوضأ فقال : ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فإنه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يس الماء إلا أنه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد أن يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الأشياء وذلك أن الطهارة إنما فرضت في الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة وأيضاً فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام : أنه أمر الجنب إذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ و روى عنه أنه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الكل والشرب للجنب حتى يتوضأ و روى عنه أباحة ذلك .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ ذهب مالك والشافعي إلى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة إلى إسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أولاً ويلحق وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعه الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تنحية الطواف صلاة . وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله إذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور . ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ ذهب الجمهور إلى أنه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك إلا أن يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان . أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو برجل فلقه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه وبديه ثم انه ردد عليه الصلاة والسلام . والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة فصار الجمهور إلى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله إلى ترجيح الحديث الاول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنباً فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجودها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة أبواب ، الباب الاول في معرفة العمل في هذه الطهارة ، والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة ، والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة . فاما على من تجب فعل كل من زعمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب يتعلق بداربع مسائل ، المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة مرور اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة أعضاء الوضوء أم يكفي فيها إقاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على أن إقاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وحل أصحابه والمزني من أصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بمعد . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لتيأس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة ومعيونة ليس فيها ذكر البدل وانما فيها إقاضة الماء فقط في حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ ف يغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصيب على رأسه ثلاث غرقات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث معيونة قريبة من هذه الا انه أخر غسل رجله من أعضاء الوضوء الى آخر الطهور وفي حديث أم سلمة أيضا وقد سأله عليه الصلاة والسلام هل ينقض ضمير رأسها تغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام : انما يكفك ان تحي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم يفيض عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو أقوى في اسقاط التدلك من تلك الأحاديث الاخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف طهره قدر ترك التدلك وأما ما هنا فاما حصرها مشروط بالطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث معيونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد

في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وإن الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الاختلافاً شاذاً روى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الأحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لأن الطهارة ظاهر من أمرها أنها شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الأحاديث على القياس فذهب قوم بكافنا إلى ظاهر الأحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغاب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث فأوجبوا التدلك كالحل في الوضوء فنرجع القياس صار إلى إيجاب التدلك ومن رجح ظاهر الأحاديث على القياس صار إلى إسقاط التدلك وأعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم فبعضه اضعف إذ كان اسم الطهر والغسل ينطبق في كلام العرب على المعنيين جميعاً على حد سواء .

❖ **المسألة الثانية** ❖ اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة ثمانية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه إلى أن اثنين من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور إلى أنها تحجز بغير نية كالحل في الوضوء عندهم . وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك .

❖ **المسألة الثالثة** ❖ اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيها في الوضوء أعني هل هما واجبان فيها أم لا فذهب قوم إلى أنها غير واجبين فيها وذهب قوم إلى وجوبهما ومن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي ومن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للأحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك أن الأحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فنحمل حديث عائشة وميمونة من أجل حديث أم سلمة وقوله تعالى (وإن كنتم جنياً فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جمع بينهما بأن حمل حديثي عائشة وميمونة على التدب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تحليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك أنه مستحب ومذهب غيره أنه واجب وقد تضد مذهبهم من أوجب التحليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: تحت كل شعرة جنابة فاقهوا البشر وبلوا الشعر .

❖ **المسألة الرابعة** ❖ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة القور والترتيب أم ليسا من شرطها

كاختلافهم من ذلك في الوضوء . وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الأمر بنا متواليا وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة أبين منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أم سلمة: أنا بكفك إن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم يفيض الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة .

﴿ الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وإن كنتم جنباً فاطهروا) . وقوله (و يستلونك عن الحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حديثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في القطة من ذكر كان أو أنثى إلا ما روى عن النخعي من أنه كان لا يرى على المرأة غسلًا من الاحتلام واتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت أنها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال: نعم إذا رأت الماء وأما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعنى إذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (و يستلونك عن الحيض) الآية ولعلبه الغسل من الحيض لما نشأه غيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول في مسئلتين مشهورتين .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الصحابة رضي الله عنهم في سبب إيجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين أنزل أولم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى إيجاب الطهر مع الانزال فقط . والسبب في اختلافهم في ذلك تمارض الاحاديث في ذلك لأنه ورد في ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تحريمهما (قال) القاضي رضي الله عنه ومتى قلت ثابت قائما أعنى به ما أخرجه البخاري أو مسلم أو ما اجتمع عليه . أحدهما حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: إذا قعد بين شعبه إلا ربيع وأزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان أنه سئل قيل له رأيت الرجل إذا جامع أهله ولم ينعن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين، أحدهما مذهب النسخ، والثاني مذهب الرجوع

الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبى بن كعب انه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جعل ذلك رخصة في أول الاسلام ثم أمر بالغسل خروجه أبوداود وأما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مالا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبى هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد ووجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكاوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعه ورجح الجمهور ذلك أيضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خروجه مسلم .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فى الصفة المعتبرة فى كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة فى ذلك وذهب الشافعى الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم فى ذلك هو شيان ، أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فن رأى أنه إنما ينطلق على الذى أجنب على طريق المادة لموجب الطهر فى خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج أوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة ، والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم فى خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهر أم ليس بوجبه فسنذكره فى باب الحيض وان كان من هذا الباب وفى المذهب فى هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج فى وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من الجامع بعد ان يطهر قليل بعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج محبته اللذة فى بعض قلته ولم تصحبه فى بعض فن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر .

﴿ الباب الثالث فى أحكام هذين الحديثين أعني الجنابة والحيض ﴾

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء فى دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال فتقوم ممنوعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم ممنوعوا ذلك الا لما فيه لا مقيم ومنهم الشافعى وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فباحسب . وسبب اختلاف الشافعى

واهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يأيتها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى) الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابرسبيل استثناء من النهي عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف أصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذي عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان في الآية محذوفاً أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم يرد ذلك لم يكن عنده في الآية دليل على منع الجنب الاقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلاً الا ظاهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا أحل المسجد للجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب .

﴿المسئلة الثانية﴾ مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضي . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضي أن يمسه أعني قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض يمسه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى إباحته . والسبب في ذلك الاحتمال ان تطرق الى حديث على انه قال: كان عليه الصلاة والسلام لا يمس من قراءة القرآن شيء الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن ابن يعلم أحدان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن نومه ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فجازوا للحائض القراءة القليلة استحساناً الطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنابة . (وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب ، الاول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم ، والثاني معرفة العلامات التي تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر والاستحاضة والاستحاضة أيضاً الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعني موانعها وموجباتها ونحن نذكر في كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما يجري مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اهتموا عليه واختلفوا فيه .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة ، دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لنوله عليه الصلاة والسلام . انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد .

﴿ الباب الثاني ﴾

أما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبني على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجري مجرى الاصول وهي سبع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك ان أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً الا انه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي أقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة أقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطر بت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوماً والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوماً وهو أقصى ما انتد عليه الاجماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذ كان هذا موضوعاً من أقوالهم فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك التقدر اذ ورد في سنن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان أيضاً عنده أكثره محدوداً وجب ان يكون ما زاد على ذلك التقدر عنده استحاضة . ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضرر بين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوماً فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالكا قال تصلى من حين يتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل نعتد أيام لدانها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة وأما المعتادة فقبهار وايتان عن مالك ، احداهما بناءً على عاداتها

وزيادة ثلاثة أيام ما لم يتجاوز أكثر مدة الحيض ، والثانية جلوسها الى انتضاء أكثر مدة الحيض أو تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عاداتها وهذه الأقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لاستندها الى التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ما ظن ان التجربة أو قهته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا عمداً أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لها طمئة بنت حبيش : فاذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والتجاوزة زلاً مدأ أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمهما الله في المعتادة في احدي الروايتين عنه الى أنها تنبئ على عاداتها لحديث أم سلمة الذي رواه في الموطأ ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلت ذلك فلتغتسل ثم لتستر بثوب ثم لتصلي فألقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض وانما رأى أيضاً في المبتدأة ان يعتبر أيام لدائها لان أيام لدائها شبيهة بأيامها فجعل حكمها واحداً . وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شئ آخر به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ما عدى الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة وقد روى في ذلك أن ضعيف .

المسئلة الثانية ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوماً أو يومين وتطهر يوماً أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلقى أيام الطهر وتفصل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراده وتصلى فانها لا تدري لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوماً فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضاً أنها تلقى أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عاداتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان اقطع الدم والافهى مستحاضة وجعل الايام التي لا ترى فيها الدم غير معتبرة في المدد لا معنى له فانه لا تخلو تلك الايام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلقى الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب ان تلقى أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يحس على أصوله انها أيام حيض لا أيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين

قد برهنا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضي ايام الحيض أو ايام النفاس كما يجري ساعة أو ساعتين من النهار ثم ينقطع .

المسئلة الثالثة اختلفو في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما . وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعي وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فإذا جاوزتها فهي مستحاضة وقرن قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا لا ذلك ثلاثون يوما ولا اثني أربعون يوما . وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطمهر .

المسئلة الرابعة اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعي في أصح قولييه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا أن يصيبها الطلق فاتهم أجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ولما كان ذلك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تداى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة ، أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعني إمامان تقدم أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة وإمامان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تنقطع حائضا ضعف أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها في الشهر الثاني من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع أربع مرات وكذلك ما زادت الاشهر . وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامر بين قاته مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرّة والجنين صغيراً وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضاها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة .

المسئلة الخامسة ﴿﴾ اختلف الفقهاء في الصفرة والكدره هل هي حيض أم لا فرأت جماعة انها حيض في أيام الحيض وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفي المدونة عنه ان الصفرة والكدره حيض في أيام الحيض وفي غير أيام الحيض رأت ذلك مع الدم أو لم تره . وقال داود وأبو يوسف ان الصفرة والكدره لا تكون حيضة إلا بآثار الدم . والسبب في اختلافهم مخالفة ظاهر حديث أم عطية لحديث عائشة وذلك أنه روى عن أم عطية انها قالت : كنا لا نجد الصفرة والكدره بعد الغسل شيأ وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدره من دم الحيض يستلثها عن الصلاة فتقول : لا نعلمن حتى ترين القصبة البيضاء فن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدره حيضا سواء ظهرت في أيام الحيض أو في غير أيامه مع الدم أو بلا دم فان حكم الشيء الواحد في نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعدا تقطاع الدم وحديث عائشة في أرا تقطاعه وأن حديث عائشة هو في أيام الحيض وحديث أم عطية في غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدره شيئا لافي أيام حيض ولا في غيرها ولا بآثار الدم ولا بعدا تقطاعه انول رسول الله صلى الله عليه وسلم : دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدره ليست بدم وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب أبي محمد بن حزم .

المسئلة السادسة ﴿﴾ اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصبة البيضاء أو الجفوف وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادت بها أن تظهر بالقصبة البيضاء أو بالجفوف أى ذلك رأت طهرت به ورفق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصبة البيضاء فلا تظهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها بالجفوف وذلك في المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادت بها الجفوف طهر بالقصبة البيضاء ولا تظهر التي عادت بها القصبة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لأصحاب مالك .

المسئلة السابعة ﴿﴾ اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا عاды بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا في الحائض اذا عاды بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة أبدأ حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل أيام الطهر فحينئذ تكون حائضا أعنى اذا اجتمع لها هذان الشيطان تغير الدم وأن يمر لها في الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون

طهر أو الألفى مستحاضة أبداً . وقال أبو حنيفة تنعد أيام عادتئان كانت لها أدلة وان كانت مبتدأة فقدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعي تعمل على التميزان كانت من أهل التميز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة . وان كانت من أهلها معافله في ذلك قولان ، أحدهما تعمل على التميز ، والثاني على العادة . والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي أصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه أيضاً حديث أم سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن دم الحيضة أسود يعرف فإذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فأنما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عددا الايام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر إذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في القرع ولم يعتبر في الاصل وهذا غريب فتأمل به ومن رجح حديث فاطمة بنت أبي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهر أمن أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيها حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو في التي تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التميز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها ولا تعرف عددها انها تتحرى على حديث حمزة بنت جحش صححه الترمذى وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وسيأتى الحديث بكامله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فذهي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في أربعة مواضع ، أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض ، والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر ، والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة ، والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى

﴿الباب الثالث﴾ وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ويستلونك عن الحيض) الآية والاحاديث الواردة في ذلك التي سند كرها واتفق المسلمون على ان الحيض يمنع أربعة أشياء ، أحدها فعل الصلاة وجوبها أعني انه ليس يجب على الحائض قضاءها بخلاف الصوم ، والثاني انه يمنع فعل الصوم لاقضائه وذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت : كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طاعة من الخوارج ، والثالث فيها أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعله الحاج غير الطواف بالبيت ، والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى (فاعزلوا النساء في الحيض) الآية . واختلوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس .

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها قال مالك والشافعي وأبو حنيفة لهن ما فوق الارزاق فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة انه عليه الصلاة والسلام : كان يأمر اذا كانت احدا من حائضات أن تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شيء بالحائض الا النكاح وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض : اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحبس عليه حتى دفى وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو أذى فاعزلوا النساء في الحيض) بين أن يحمل على عمومها الا ما خصصه الدليل أو ان يكون من باب العام أي بدبه الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والاذى انما يكون في موضع الدم فن كان المفهوم منه عنده العموم أعني انه اذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومها حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الارزاق بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام أي بدبه الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الارزاق وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الارزاق ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الارزاق

على الكراهية وأحاديث الإباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة أنه ليس من جسم الحائض شيء نجس الموضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تأتله الخمرة وهي حائض فقالت إني حائض فقال عليه الصلاة والسلام: إن حيضتك ليست في يدك وما ثبت أيضاً من ترجيحها رأسه عليه الصلاة والسلام وهي حائض وقوله عليه الصلاة والسلام: إن المؤمن لا ينجس .

المسئلة الثانية ﴿﴾ اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعي والجمهور إلى أن ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك جائز إذا طهرت لا كثر أمداً الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الأوزاعي إلى أنها إن غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعني كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله تعالى (فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) هل المراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم إن كان الطهر بالماء هل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعاني وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة الفعل انما تنطلق على ما يكون من فصل المسكتين لا على ما يكون من فصل غيرهم فيكون قوله تعالى (فإذا تطهرن) أظهر في معنى الفصل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والأظهر بحسب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعل في قوله تعالى (حتى يطهرن) هو أظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في الطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعاني الثلاثة أن يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فإذا تطهرن لأنه مما ليس يمكن أو مما يفسران يجمع في الآية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين في الاحتجاج لما لا فائدة له من عادة العرب أن يقولوا لا تمط فلانا درهماً حتى يدخل الدار فإذا دخل المسجد فأعطه درهماً بل انما يقولون وإذا دخل الدار فأعطه درهماً لأن الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الأولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقرأوهن حتى يطهرن) على أنه النقاء وقوله (فإذا تطهرن) على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تمط فلانا درهماً حتى يدخل الدار فإذا دخل المسجد فأعطه درهماً وذلك غير مفهوم في كلام العرب إلا أن يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقرأوهن حتى يطهرن ويتطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه إلا أن قول قائل

ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا بما رُضه ظاهر عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد هاهنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فارجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه واعنى بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية أن أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعنى إما لا يقدري الآية حذفاً ويحمل لفظ فذا تطهرن على النقاء أو يقدري الآية حذفاً ويحمل لفظ فذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يطهرن في النقاء فأى كان عنده أظهر أيضاً صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على اتهماء بلان في الآية على معنى واحد أعنى إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباح النظر انتهى ان ينتهي في هذه الاشياء الى أكثر من هذا فاضلمه وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد صيب وأما اعتباري حنفية أكثر الخوض في هذه المسئلة فضعيف .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستقفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق دينار أو ينصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في اقطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة في ذلك أو وهما وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضاً في حديث ابن عباس هذا : انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في اقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسة دينار و به قال الاوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذي هو استوط الحكم حتى يثبت بدليل .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في المستحاضة تقوم أو جوا عليها طهرا واحداً فقط وذلك عند ما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحداً اتفقوا قمعين تقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وتقوم استحوا ذلك لها ولم يوجبوا عليها والذين أوجبوا عليها طهرا واحداً فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء المصابر

وأكثر هؤلاء أوجبوا عليهم أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها إلا الاستحباب وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب أن تؤخر الظهر إلى أول العصر ثم تطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب إلى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتطهر طهرانياً وتجمع بينهما ثم تطهر طهراً ثالثاً للصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة أطهار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهراً واحداً في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يجعله وقتاً وهو مروى عن عليٍّ ومنهم من رأى أن تطهر من طهر إلى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال، قول أنه ليس عليها إلا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض، وقول أن عليها الطهر لكل صلاة، وقول أن عليها ثلاثة أطهار في اليوم والليلة، وقول أن عليها طهر واحد في اليوم والليلة . والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك أن الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت : جاءت فطمه ابنة أبي جحش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : إنى امرأه استحاض فلا أطهر فأفادع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام : لا إلا غداً ذلك عرق وليست بالحيضة فإذا قبلت الحيضة فدعى الصلاة وإذا دبرت فاغسلي عنك الدم وصلى وفي بعض روايات هذا الحديث : وتوضئ لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها أبو داود ودو صححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف أنها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا استنده إسحاق عن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فأنما رووا عنه أنها استحاضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : أنما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها أن تنسل وتصلي فكانت تنسل لكل صلاة على أن ذلك هو الذي فهمت منه لأن ذلك منقول عن لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا انطريق خرج به البخاري . وأما الثالث فحديث أسماء بنت عميس أنها قالت يا رسول الله أن فاطمة ابنة أبي جحش استحاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لتنسل للظهر والعصر غسلاً واحداً أو للمغرب والعشاء غسلاً واحداً أو تنسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرج به أبو داود ودو صححه أبو محمد بن حزم . وأما الرابع فحديث حمزة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلي الصلوات بطهر واحد عند ما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تنسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس إلا أن هناك ظاهراً

على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تأويلها
أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق
بين الجمع والبناء ان الباقي ليس يرى ان هنالك تعارضاً فيجمع بين الحديثين وأما الجامع
فهو يرى ان هنالك تعارضاً في الظاهر فتأمل هذا فانه فرق بين أمان مذهب
الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتحاق على محتمه عمل على ظاهره أعنى
من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم ان تنقل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات
بنفس واحد ولا بشئ من تلك المذاهب والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي
وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن سحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو
الامر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك
عليها وأمان مذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة
الذى من رواته ان اسحاق تعارض أصلاً وان الذى فى حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على
ما فى حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض
يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحبيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه
بوجوب الطهر أصلاً لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفى حديث أم حبيبة أمرها
بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجهمو أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت
الحاجة لا يجوز فلو كان واجباً عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد أن يدعى مدع
انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه
الصلاة والسلام لإعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضعف فى قوله انها
ليست بالحيضة لانه كان معلوماً من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب
الغسل فاذا انعم لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك فى وجوب الطهر لكل
صلاة الا أن يدعى مدع ان هذا الزيادة لم تكن قبل ثابتة ونثبت بعد فيطرق الى ذلك المسئلة
المشهوره هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى فى بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة
والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأمان مذهب
مذهب النسخ فقال ان حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك
بما روى عن عائشة ان سملة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الطهر والمصير فى غسل
واحد والمغرب والعشاء فى غسل واحد وتنقل ثالثاً لأصحاب . وأما الذين ذهبوا لمذهب الجمع

فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة بمحفل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تنفسل لكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يقبضها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينتطع عنها في أوقات فهذا اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تنفسل وتصلي بذلك الفصل صلاتين . وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثي أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمزة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء ، منهم من قال ان الحميرة هي التي لا تعرف أيام حيضتها ، ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا قول خامس في المسئلة الا ان الذي في حديث حمزة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلي الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات . وأما من ذهب الى أن الواجب أن تطهر في كل يوم مرة واحدة فلهذا انما أوجب ذلك عليها المكان الشك ولست أعلم في ذلك أثراً .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروى عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتها زوجها الا أن يطول ذلك بها وهذا القول قال أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تأكيده وجوب الصلاة أم انما أباح لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يحز لزومها أن يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولاطول فاستحسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها ، الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة ، الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة ، الرابع في صفة هذه الطهارة ، الخامس في اتصافه بهذه الطهارة ، السادس في نواقض هذه الطهارة ، السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في مجتها أو في استباحتها .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلّفوا في الكبرى فردى عن عمرو بن مسعود انهما كانا لا يربّانها بدلا من الكبرى وكان على وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قل عامة الفقهاء . والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وانهم لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلان قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليه معاً لكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجاع فالأظهر انه عائد عليه معاً ومن كانت الملامسة عنده هي للمس باليد أعنى في قوله تعالى أولاً مستم النساء) فالأظهر انه عائد على يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحتمل أبداً عودها على أقرب مذكور الا ان يتدر في الآية تقدماً وتأخيراً حتى يكون تنديرها هكذا يأياها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة اوجاء أحدكم من الماء فغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنباً فطهروا وان كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ومثل هذا ليس ينبغي أن يصار اليه الا بدليل فن التقدّم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن ان في الآية شيئاً يقتضى تقدماً وتأخيراً وهو أن حملها على ترتيبها يوجب ان المارض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج اليه اذ قدرت أوهاهنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر

وكان سبيلنا لا يسرحوا نعمة * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فانه انما يقل سينان زيد وعمر وهذا هو أحد الاسباب التي أوجبت الخلاف في هذه المسألة وأما ترتيبهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما خرجها البخارى ومسلم ان رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال أجنب فلم أجده الماء فقال لا تصل فقال عماراً ما تذكر يا أمير المؤمنين اذا أنا وانت في سرية فجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل وأما ما ففعلت في القرب ففعلت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تسبح بها وجهك وكفيك فقال عمر انق الله يا عمار فقال ان شئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما نوليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالساً مع عبد الله بن مسعود وأبى موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرايت لو

أن رجلاً أجيب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لأبي موسى لا يتيم وان لم يجد الماء شهراً فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لأوشك إذا رز عليهم الماء أن يجمعوا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لتقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يفتح بقول عمار لكن الجمهور رأوا أن ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخاري وان نسيان عمر ليس مؤثراً في وجوب العمل بحديث عمار وأيضاً فانهم استدلوأ بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً وأما حديث عمران بن الحصين فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً معترلاً لم يصل مع القوم فقال: يا فلان أما يكفيك أن تصلي مع القوم فقال يا رسول الله أصابني جنباً ولا ماء فقال عليه الصلاة والسلام: عليك بالصعيد فإنه يكفيك ولموضع هذا الاختلاف اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء أن يبطأ أهله أم لا يبطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما من تجوز له هذا النظارة فأجمع العلماء أنهم يجوز لاثنتين للرجل وللأسافر إذا عدا الماء واختلفوا في أربع في المرىض يجد الماء ويخاف من استعماله وفي الحاضر بعدم الماء وفي الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف وفي الذي يخاف من استعماله من شدة البرد . فاما المرىض الذي يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذي يخاف الهلاك أو المراض الشديد من برد الماء وكذلك الذي يخاف من الخروج إلى الماء لأن معظمهم أوجب عليه الإعادة إذا وجد الماء . وقال عطاء لا يتيمم المرىض ولا غير المرىض إذا وجد الماء . وأما الحاضر الصحيح الذي بعدم الماء فذهب مالك والشافعي إلى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء . وسبب اختلافهم في هذه المسائل الأربع التي هي قواعد هذا الباب . أما في المرىض الذي يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى أن في الآية حذفاً وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرن على استعمال الماء وان الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماءً إنما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمرىض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى أن الضمير في لم تجدوا ماءً يعود على

المرضى والمسافر معاً وأنه ليس في الإتيان حذف لم يجز للمريض إذا وجد الماء التيمم . وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذي بعدم الماء فاحتمال الضمير الذي في قوله تعالى فلم يجدوا ماء أن يعود على أصناف الحديثين أعني الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فنراه عائد أعلى جميع أصناف الحديثين أجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائد أعلى المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذي بعدم الماء . وأما سبب اختلافهم في الخائف من الخروج إلى الماء فاختلافهم في قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح بخلاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بمحدث جابر في الخروج الذي اغتسل فأتى فجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً في ذلك عن عمرو ابن العاص أنه أجنب في ليلة باردة فقيم وتلى قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً) فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد ، أحداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا ، والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا ، والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا .

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذو زفر فقال إن النية ليست بشرط فيها وإنما لا تحتاج إلى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الأوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فن مالكا رضي الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء إلا إذا طلب الماء فلم يجده . لكن الحق في هذا أن يعتد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم وما يغير ذلك هو عدم الماء أو أما اللذان فليس بعا دم للماء ولذلك يضعف القول بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بينه ويتوى اشتراطه ابتداء إذا لم يكن هنالك علم قطعي بعدم الماء .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فهم من اشتراطه وهو مذهب

الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطوه به قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي أن لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة أعني أنه كما ان الصلاة من شرط محبتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على أصله أم ليس يقتضي هذا ظاهر مفهوم الآية وان تدبر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فإنه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان فهمهم من ذلك الايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لأنه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الا أن يقاس على الصلاة فذلك الأولى أن خال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يصف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط في محته دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة موقفة لكن من باب انه ليس ينطق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لأنه ما لم يدخل وقتها لم يكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل في أول الوقت أو في وسطه أو في آخره لكن هاهنا مواضع يعلم قطعاً ان الانسان ليس بطارىء على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارىء عليه وأيضاً فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الا تنقض التيمم فقط لان منع محته وتغير الطر وهو ممكن في الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعده دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا لا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمل .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء في حد الايدي التي أمر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على أربعة أقوال ، القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الی المرافق وهو مشهور بالمذهب وبه قال فقهاء

الامصار، والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والقرض الكفان وهو مروى عن مالك، والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهري ومحمد بن مسلمة . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعصد . والسبب الثاني اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة : انما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وروى في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام : وان تمسح بيدك الى المرفقين وروى أيضا عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين المرفقين وروى أيضا من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الأحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد التماس لها أعني من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذي هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم ان ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في أحدهما أظهر منه في الثاني فقد أخطأ فان اليد وان كانت إسما مشتركا فهي في الكف حقيقة وفما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من أول أمره مشترك وروى هذا قال الفقيه انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول ان الصواب هو ان يعتد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الأجزاء أو يكون دلالة على سائر أجزاء الذراع والعصد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الأخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الأخذ بالأثر الثابت فاما أن يغلب التماس هنا على الآخر فلا معنى له ولأن ترجيح به أيضا أحاديث ثبتت بعد فلتقول في هذا المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمل وأما من ذهب الى الآباط فالتماذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال : تيمم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد بوجهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى أن يحمل تلك الأحاديث على الذنب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذا كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى الآن هذا لما ينبغي أن يصار اليه إن صححت تلك الأحاديث .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم، فمنهم من قال

واحدة، ومنهم من قال أنتين والذين قالوا أنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور وإذا قلت الجمهور فالتفتها الثلاثة معدودون فيهم أعني مالك والشافعي وأب حنيفة ومنهم من قال ضربة لكتف واحد منهما أعني لليد ضربة لكتف واحد منهما ضربة واحدة للسبب في اختلافهم أن الآية مجملة في ذلك والأحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك أنما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هاهنا أحاديث فيها ضربة لكتف واحد من الجمهور وهذه الأحاديث لم تكن قياس التيمم على الوضوء .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم فلم يرد ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك أن منه قد ترد للتبعض وقد ترد لتبعض الجنس فن ذهب إلى أنها هاهنا للتبعض أوجب قتل التراب إلى أعضاء التيمم ومن رأى أنها لتبعض الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعي إنما رجح حملها على التبعض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم يتفخ فيها وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخائط ويبني أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم ووجوب لفوفه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لاعادته .

﴿ الباب الخامس ﴾

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب . واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز التيمم إلا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها في المشهور عنه الحصى والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل التورة والزربخ والحصى والطين والزخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغير التوب واليد . والسبب في اختلافهم شيان، أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى إن مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد أن

يُحِيزُوا فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ عَنْهُمْ التَّجَمُّعَ عَلَى الْحَشِيشِ وَعَلَى التَّلَجِّ قَالُوا لِأَنَّهُ يُسَمَّى صَعِيداً فِي أَصْلِ التَّعْمِيعَةِ أَعْنَى مِنْ جِهَةِ صُعُودِهِ عَلَى الْأَرْضِ وَهَذَا ضَعِيفٌ . وَالسَّبَبُ الثَّانِي إِطْلَاقُ اسْمِ الْأَرْضِ فِي جَوَازِ التَّجَمُّعِ بِهَا فِي بَعْضِ رِوَايَاتِ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَتَقْيِيدُهَا بِالتَّرَابِ فِي بَعْضِهَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَطَهوراً قَانَ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِهِ جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَطَهوراً وَفِي بَعْضِهَا جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِداً وَجَعَلْتُ لِي تَرَبَّهَا طَهوراً وَقَدْ اخْتَلَفَ أَهْلُ الْكَلَامِ الْفَقْهِيُّ هَلْ يَقْضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُتَيَقِّنِ أَوْ بِالْمَقْيَدِ عَلَى الطَّلُوقِ وَالْمَشْهُورُ عِنْدَهُمْ أَنَّ يَقْضَى بِالْمَقْيَدِ عَلَى الْمَطْلُوقِ وَفِيهِ نَظَرٌ وَمَذْهَبُ أَبِي مُحَمَّدٍ بِنِ حَزْمٍ أَنَّ يَقْضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقْيَدِ لِأَنَّ الْمَطْلُوقَ فِيهِ زِيَادَةٌ مَعْنَى فَنَ كَانَ رَأْيُهُ الْقَضَاءُ بِالْمَقْيَدِ عَلَى الْمَطْلُوقِ وَحَمَلَ اسْمَ الصَّعِيدِ الطَّيِّبِ عَلَى التَّرَابِ لِمَحْزِ التَّجَمُّعِ بِالَتَّرَابِ وَمَنْ قَضَى بِالْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُقْيَدِ وَحَمَلَ اسْمَ الصَّعِيدِ عَلَى كُلِّ مَا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ مِنْ أَجْزَائِهَا أَجَازَ التَّجَمُّعَ بِالرَّمْلِ وَالْحَصَى وَأَمَّا إِجَازَةُ التَّجَمُّعِ بِمَا جَوَلَتْ مِنْهَا فَضَعِيفٌ إِذَا كَانَ لَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الصَّعِيدِ قَانَ أَعْمَ دَلَالَةِ اسْمِ الصَّعِيدِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى مَا تَدُلُّ عَلَيْهِ الْأَرْضُ لِأَنَّ يَدُلُّ عَلَى الزَّرْنِخِ وَالنُّورَةِ وَلَا عَلَى التَّلَجِّ وَالْحَشِيشِ وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ لِلصَّوَابِ . وَالِاشْتِرَاكُ الَّذِي فِي اسْمِ الطَّيِّبِ أَيْضاً مِنْ أَحَدِ دَوَاعِي الْخِلَافِ .

﴿الباب السادس﴾

وَأَمَّا نَوَاقِضُ هَذِهِ الطَّهَارَةِ فَاتَّهَمُوا عَلَى أَنَّهُ يَنْقُضُهَا مَا يَنْقُضُ الْأَصْلَ الَّذِي هُوَ الْوُضُوءُ وَالطَّهْرُ وَاخْتَلَفُوا مِنْ ذَلِكَ فِي مَسْئَلَتَيْنِ، إِحْدَاهُمَا هَلْ يَنْقُضُهَا إِرَادَةُ صَلَاةٍ أُخْرَى مَفْرُوضَةٌ غَيْرُ الْمَفْرُوضَةِ الَّتِي تَجَمُّعُ لَهَا وَالْمَسْئَلَةُ الثَّانِيَةُ هَلْ يَنْقُضُهَا جُودُ الْمَاءِ أَمْ لَا .

﴿أَمَّا الْمَسْئَلَةُ الْأُولَى﴾ فَهَذَا مَالِكٌ فِيهَا أَنَّ إِلَى إِرَادَةِ الصَّلَاةِ الثَّانِيَةِ تَنْقُضُ طَهَارَةَ الْأُولَى وَمَذْهَبُ غَيْرِهِ خِلَافُ ذَلِكَ وَأَصْلُ هَذَا الْخِلَافِ يَدُورُ عَلَى شَيْئَيْنِ، أَحَدُهُمَا هَلْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ) مَحْذُوفٌ مَقْدَرُ أَعْنَى إِذَا قُمْتُمْ مِنَ النَّوْمِ أَوْ قُمْتُمْ مُحَدَّثِينَ أَمْ لَيْسَ هُنَاكَ مَحْذُوفٌ أَصْلًا فَنَ رَأَى أَنَّ لَا مَحْذُوفَ هُنَاكَ قَالَ ظَاهِرُ الْآيَةِ وَجُوبُ الْوُضُوءِ أَوْ التَّجَمُّعِ عِنْدَ الْقِيَامِ لِكُلِّ صَلَاةٍ لَكِنْ خَصِّصْتُ السَّنَةَ مِنْ ذَلِكَ الْوُضُوءِ فَبَقِيَ التَّجَمُّعُ عَلَى أَصْلِهِ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْتِجَّ بِهَذَا الْمَالِكُ فَنَ مَا لِكَابِرِي أَنَّ فِي الْآيَةِ مَحْذُوفًا عَلَى مَا رَوَاهُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمٍ فِي مَوْطِئِهِ . وَأَمَّا السَّبَبُ الثَّانِي فَهُوَ تَكَرُّرُ الطَّلَبِ عِنْدَ دُخُولِ وَقْتِ كُلِّ صَلَاةٍ وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ مَا لِكُ أَنْ يَحْتِجَّ لَهُ بِهَذَا وَقَدْ تَدْرَأُ الْقَوْلَ فِي هَذِهِ الْمَسْئَلَةِ وَمِنْ

لم يتركز عنده الطلب وقدر في الآية محذوفاً لم ير إرادة الصلاة الثانية مما ينتقض التيمم .
 ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينقضها وذهب قوم إلى أن الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب أو يرفع اجتهاء الطهارة به فن رأى أنه يرفع اجتهاء الطهارة به قال لا ينقضها إلا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال أنه ينقضها فان حدث الناقض هو الرفع للاستصحاب وقد احتج الجمهور بلذهبهم بالحدث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ما لم يجد الماء والحديث محذول فانه يمكن أن يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام: ما لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتقت ويمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء لم تصح اجتهاء هذه الطهارة والأقوى في عضد الجمهور هو حديث أبي سعيد الخدري وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال: فإذا وجدت الماء فأذهب يدي فإني لأمر بمحلول عند جموع المتكلمين على القور وان كان أيضاً قد يطرئ اليه الاحتمال المتقدم فأمل هذا . وقد حمل الشافعي تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال إن التيمم ليس رافعاً للحدث أي ليس مفيداً للتيمم الطهارة الرافعة للحدث وإنما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا إن التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه إلا الحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حتها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها . واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة . واختلقوا هل ينقضها طهروه في الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود إلى أنه لا ينقض الطهارة في الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم أحفظ للأصل لأنه أمر غير مناسب للمشروع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا على مذهب أبي حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند في ذلك إلى الأثر فأمل هذه المسئلة فانها بينة ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يبطل الصلاة بآرائه وإنما أبطلها طهور الماء كما لو أحدث .

﴿ الباب السابع ﴾

واتفق الجمهور على أن الافعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها هي الافعال التي الموضوع شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروضة أبداً . واختلف قوله في الصلاتين المتصيتين والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضاً والأخرى نفلًا أنه إن قدم الفرض جمع بينهما وإن قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد . وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم بحجب لكل صلاة أم لا إيمان قبل ظاهر الآية كما تقدم وإيمان قبل وجوب تكرار الطلب وإما من كليهما .

﴿ كتاب الطهارة من النجس ﴾

والقول المحيظ بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب ، الباب الأول في معرفة حكم هذه الطهارة أعني في الوجوب أو في الندب إماماً مطلقاً وإيماناً جهة انها مشترطة في الصلاة . الباب الثاني في معرفة أنواع النجاسات ، الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب إزالتها عنها ، الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به تزال ، الباب الخامس في صفة إزالتها في محل محل ، الباب السادس في آداب الأحداث .

﴿ الباب الاول ﴾

والاصل في هذا الباب أمن الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر وأمن السنة فأثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام : من توضأ فليستتر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بفعل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحبي القبر : إنهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتر من البول . واتفق العلماء لما كان هذه المجموعات على أن إزالة النجاسة مأمور بها في الشرع . واختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذي بعينه بالسنة فقال قوم إن إزالة النجاسات واجبة . وذهب أبو حنيفة والشافعي . وقال قوم إزالتها سنة مؤكدة وليست بفرض . وقال قوم هي فرض مع الذكرا سقطت مع النسيان وكلاهما هذين

القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة راجع الى ثلاثة أشياء ، أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز ، والسبب الثاني تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك ، والسبب الثالث اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعل معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر أو النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى التنبه والنهي من الخطر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع أكثرها هي من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب اليها فنحمل قول تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكتاية عن طهارة القلب لم يرفها حجة . وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحب القبر المشهور وقوله فيها صلى الله عليه وسلم : انهما المعبذان وما بمعبذان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتر من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضي الوجوب لأن العذاب لا يتعلق الا بالواجب . وأما المعارض لذلك فثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو في الصلاة سلاجزور بالدم والقرت فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحة نعالهم فأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال : انما خلعتما لان جبريل أخبرني أن فيها قدرأ فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما نبي على ماضى من الصلاة فن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إماما الوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالنسبة ان رجح ظاهر حديث التنبه أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتهما من باب التنبه المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قل هي فرض مطلقة وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولة أعنى أنه جعل الغير معقولة أكد في باب الوجوب ففرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد في الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقتصر بذلك من صلاتهم في النعال مع أنها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالباً وما أجمعوا عليه من العقو عن اليسير في بعض النجاسات .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما أنواع النجاسات فإن العلماء اختلفوا من أعيانها على أربعة، ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى، وعلى لحم الخنزير بآى سبب اتفق أن تذهب حياته، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى اقصل من الحى أو الميت اذا كان مسفوحاً أعنى كثيراً، وعلى بول ابن آدم ورجيمه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض الحديثين واختلفوا فى غير ذلك والتواعد من ذلك سبع مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة مالا لادم له ظاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التى لادم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافى اما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الغسل وما يتولد فى المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة مالا لادم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا انه من باب العام أر به الخاص . واختلفوا أى خاص أر بده فهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالا لادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالا لادم له فقط . وسبب اختلافهم فى هذه المستثنات هو سبب اختلافهم فى الدليل الخصوص . أما من استثنى من ذلك . لادم له فحججه مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب اذا وقع فى الطعام قالوا فهايدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم . وأما الشافى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام: فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء وهن الشافى هذا المقوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات، أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمة عن الحيوان بالذكاة وتبقى حرمة الدم الذى لم يتفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له سبباً ومثل ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذي رماه البحر أياما وتزوّدوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقي منه شيء وهو دليل على انه يجوز ذلك لهم لسكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما ابو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر إمالا لان الآية مقطوع بها والأثر مظنون وإمالا انه رأى ان ذلك رخصة لهم أعني حديث جابر أولانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لان الميتة هو امات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولا اختلافهم في هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى (وطعامه مما علكم للسيارة) أعني ان يعود على البحر أو على الصيد نفسه من أعاده على البحر قال طعامه هو الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذي أحل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين أيضا عسكوا في ذلك بأن ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجزائها ما اتفقوا عليه وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من أجزائها الميتة ميتة واختلفوا في العظام والشعر فذهب الشافعي الى أن العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى انها ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الاعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى هي من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهي ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانهما لا حس لها ومن فرق بينهما أوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفي حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على أن التغذى والنمو ليسا هما الحياة التي يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهيمة وهي حية انه ميتة لو رد ذلك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحي أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقل في النبات المقطوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو وللشافعي أن يقول ان التغذى الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود في الحساس .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها

مطلقاً دبغت أول تدبغ وذهب قوم إلى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها أصلاً وإن دبغت وذهب قوم إلى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وأبى حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان ، أحدهما مثل قول الشافعي ، والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنهما تستعمل في اليابسات والذين ذهبوا إلى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعني المباح الأكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي إلى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وأنه بدل منها في أفادة الطهارة وذهب أبو حنيفة إلى تأثير الدباغ في جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في حديث معوية أباحة الانتفاع بها مطلقاً وذلك أن فيه أنه مريئة فقال عليه الصلاة والسلام : هلا انتفعتم بمجدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقاً وذلك أن فيه أن رسول الله صلى عليه وسلم كتب : ألا تنتفعوا من الميتة بأهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفي بعضها الأمر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا دبغ الأهاب فقد طهر فلم يكن اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم مذهب الجع على حديث ابن عباس أعني أنهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث معوية ورأوا أنه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وإن تحرر بالانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لأن الانتفاع غير الطهارة أعني كل ظاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعني أن كل ما ينتفع به هو ظاهر .

المسئلة الرابعة ﴿ اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس . واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحري فقال قوم دم السمك طاهر وهو أحد قول مالك ومذهب الشافعي . وقال قوم هو نجس على أصل الدماء وهو قول مالك في المدونة وكذلك قال قوم أن قليل الدماء ممفوعته . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد الأول عليه الجمهور . والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخله تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياساً على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الحر والدم والحوت والكبد والطحال وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسيبه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك أنه ورد تحرريم الدم مطلقاً في قوله تعالى

(حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد متيداً في قوله تعالى (قل لا أجد فيها أوحى الى محرماً) الى قوله (أو دماً مسفووحاً أو لحم خنزير) فمن قضى بالمتيد على الإطلاق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالطلق على المتيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع . واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعي وأبو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع . وقال قوم أبوالها وأرأى انها نائمة للحموم فما كان منها لحوماً ما حرمة فأبوالها وأرأى انها نجسة محرمة وما كان منها لحوماً ما كولة فأبوالها وأرأى انها طاهرة ما عدى التي تأكل النجاسة وما كان منها مكررها فأبوالها وأرأى انها مكررة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الأسار . وسبب اختلافهم شيطان، أحدهم اختلف في مفهوم الاباحة الواردة في الصلاة في مريض الغنم وابعثه عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبانها وفي مفهوم النهي عن الصلاة في أعطان الابل، والسبب الثاني اختلف في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الاولى والاخرى ولم يفهم من اباحة الصلاة في مريض الغنم طهارة وأرأى انها أبوالها نجس لذلك عبادة ومن فهم من انهى عن اتصاله في أعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين أبوال الابل لسكان المداواة على أصله في إجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مريض الغنم طهارة وأرأى انها أبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهي عن الصلاة في أعطان الابل عبادة أو لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان و بهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستندرة بالطبع وفضلته بيهمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات نابعة للحم والله أعلم . ومن قاس على بيهمة الانعام غير ما جعل الفضلات كلها مانعاً فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محققة ولولا انه لا يجوز إحداث قول لم يقدم اليه أحد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقل انما يتقن منها ويستقدر بخلاف ما لا يتقن ولا يستقدر وبخاصة ما كان منها رائجته حسنة لا تفاقمهم على اباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذي يوجد المسك فيه بما يذكر .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال يقوم رأوا قليلا وكثيرا سواء. ومن قال بهذا قول الشافعي وقوم رأوا ان قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البعلى. ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فادونه جازت به الصلاة. وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض وابتان والاشهر مساواته لسائر الدماء. وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فنأجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك. وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتخصيل مذهب أبي حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلفة ومخففة وان المغلفة هي التي يعنى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعنى منها عن ربع اثوب والمخففة عندهم هي مثل أرواء الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم اياها الى مغلفة ومخففة حسن جداً.

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلفوا في المني هل هو نجس أم لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهب طائفة الى انه طاهر وهذا قال الشافعي واحمد وداود. وسبب اختلافهم فيه شيان، أحدهم اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في ان في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المني فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم، والسبب الثاني تردد المني بين أن يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كالبن وغيره فمن جمع الاحداث كلها بان حمل الفسل على باب النظافة واستدل من الفرق على الطهارة على أصله في أن الفرق لا يظهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يرد نجسا ومن رجح حديث الفسل على الفرق وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه بمالس يحدث قال انه نجس وكذلك أيضاً من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرق قال بالفرق يدل على نجاسته كما يدل الفسل وهو مذهب أبي حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأولئك في قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لأبي حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية.

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فتلاثة ولا خلاف في ذلك، أحدها الإبدان، ثم الثياب، ثم المساجد ومواضع الصلاة، وأما اتفاق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة. أما الثياب ففي قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بفعل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه . وأما المساجد فلا أمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بفعل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين . واختلف الفقهاء هل يفصل الذكركلمه من المذي أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث على المشهور وقد سئل عن المذي فقال: يفصل ذكره ويتوضأ . وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الاسماء أو بأواخرها فمن رأى أنه بأواخرها أعني بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يفصل الذكركلمه ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يفصل موضع الأذى فقط وقياساً على البول والمذي .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضاً على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المناعات والجامدات التي يزيلها فذهب قوم إلى أن ما كن طاهر يزيل عين النجاسة ما لم يكن أو جامداً في أي موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء إلا في الاستجمار فقط اختلف عليه وبه قال مالك والشافعي . واختلفوا أيضاً في إزالة النجاسة بالاستجمار بالماء والروث فنعى ذلك قوم وأجاز ودفع ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالخنز وقد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على الأحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستجمار بالماء دون الروث وإن كان مكروهاً عندهم وشذ الطيرى فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم في إزالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل ما يطفئ عينها أم للماء في ذلك من خصوص ليس لتغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء من يذهب خصوص قال

بازالهابسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأبد هذا المفهوم بالاتفاق على ازالته من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة أنها قالت: اتى امرأته أطيل ذبلى وأمشى في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التي خرجها أبو داود في هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام: اذا وطئ أحدكم الاذى بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روى في هذا المعنى ومن رأى أن للماء في ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص الذي للماء لجنوا في ذلك الى أنها عبادة اذ لم يقدروا أن يمسحوا في ذلك سبباً معقولاً حتى أنهم ساءوا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكى وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلقاً عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع أحكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالته المصين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لا ذهاب عين النجاسة بل قديذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم يمتنع الى نية ولوراموا الانفصال عنهم بان يرى أن للماء قوة احالة للانجاس والادناس وقلمها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعقده الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولاً جيداً أو غير بعيد بل لعله واجب ان يعتقد أن الشرع انما اعقد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا في ذلك قولاً هو داخل في مذهب الفقه الجارى على المعاني وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المطلق مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم في أكثر المواضع. وأما اختلافهم في الروث فسيبه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعنى أمره عليه الصلاة والسلام: أن لا يستنجى بمغظم ولا روث فمن دل عنده النهي على الفساد لم يجز ذلك ومن لم يرد ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولاً حمل ذلك على الكراهية ولم يعبه الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلا نال الروث نجس عنده.

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الصفة التي بهانزل فاتفق العلماء على أنها غسل ومسح ونضح ولور ودذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات

وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي التلعين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب ، أحدها في النضج لأي نجاسة هو ، والثاني في المسح لأي محل هو ولاي نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه ، والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح . أما النضج فإن قوما قالوا هذا خاص بإزالة بول الطفل الذي لم يأكل الطعام وقوم فروا بين بول الذر في ذلك والآخر فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الأنثى وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه * وسبب اختلافهم نمارض ظواهر الاحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن هاهنا حديثين ثابتين في النضح ، أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يؤتى بالصبيان فيمك عليهم ويحسبهم فأني يصبي فيأل عليه فدعاهما فأتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضجه ولم يغسله خرجه البخاري ، والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال : فقامت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضجته بالماء فن الناس فن صار إلى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناء من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ينضح إلا الذي في حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والأنثى فإنه اعتقد على ما رواه أبو داود عن أبي السمع من قوله عليه الصلاة والسلام : يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فاعلم اعتقد قياس الأنثى على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت . وأما المسح فإن قوما أجازوه في أي محل كانت النجاسة إذا ذهب عينها على مذهب أبي حنيفة وكذلك الفرق على قياس من يرى أن كل ما زال العين فقد طهر وقوم لم يميزوه إلا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخف وذلك من العشب اليابس لا من الأذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهو لا علم بعدوا المسح إلى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفرق الآخر فاتهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم فن قال رخصة لم يدها إلى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام إزالة النجاسة كحكم الغسل عداه . وأما اختلافهم في العدد فإن قوما اشتراطوا الاتقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشتراطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشتراطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه

إلى سائر النجاسات . وأما من لم يشترط العدد فلا في مسح فتمه مالك وأبو حنيفة وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أشجار لا أقل من ذلك فتمه الشافعي وأهل الظاهر . وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الأناة سبعاً من ولوغ الكلب فلشافعي ومن قال بقوله . وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فأغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في إزالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمية * وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذا العبادة لظاهر اللفظ في الأحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الأمر إزالة النجاسة إزالة عينها لم يشترط العدد أصلاً وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الأمر ألا يستنجي بأقل من ثلاثة أشجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسحوع من هذه الأحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الأناة من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك . وأما من صار إلى ظهور هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقصر بالعدد على هذه الحال التي وردت العدد فيها . وأما من رجح الظاهر على المفهوم فإنه عدى ذلك إلى سائر النجاسات . وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام : إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في آناة .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على التذنب وهي معلومة من السنة كالبعث في المذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام علم والنهي عن الاستنجاء باليمين والأيسر ذكره بعينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وإما اختلافهم في ذلك في مسألة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للفائض والبول واستندابها فإن العلماء فيها ثلاثة أقوال ، قول أنه لا يجوز أن تستقبل القبلة لفائض ولا بول أصلاً ولا في موضع من المواضع ، وقول أن ذلك يجوز باطلاق ، وقول أنه يجوز في المبنى والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المبنى والمدن * والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ، أحدهما حديث أبي أيوب الأنصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام : إذا أتيتم الفائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا ، والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة

فذهب الناس في هذين الحدين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الجمع ، والثاني مذهب الترجيح ، والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فنذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحاري وحيث لاسترة وحمل حديث ابن عمر على السكرة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تمارض حديثان ، أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق المدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق المدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يميزان ترك شرعاً وجب العمل به بظن لم يؤمر ان نوجب النسخ به الا لو قل انه كان بعده فان الظنون التي تستدل بها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو إيجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المتطوع به يريدون بذلك الشرع المتطوع به الذي أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهى وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعى . وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك يستلزم الحكم ويرفعه وانه كلاحكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الاصل مع انه من أمحابه (قال القاضي) فهذا هو الذي رأينا ان نشئته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى الاصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أعني ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به إما متعلقاً قريباً أو قريباً من قريب وان ذكر بالشئ من هذا الجنس ما يقتضاه في هذا الباب وأكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستذكار وأناقد أبحث لمن وقع من ذلك على وجهي ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً . الصلاة تنقسم أولاً بالجملة الى فرض ونadb . والقول المحيط باصول هذه العبادة يتحصر بالجملة في أربعة اجزاء أعني أربع جمل ، الجملة الاولى في معرفه الوجوب وما يتعلق به ، والجملة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال ،

(٧٠)

الجملة الثالثة في معرفة ما تشغل عليه من أفعال وأقوال وهي الأركان، الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصطلاح ما يقع فيها من الخلل وجبرلانه قضاء ما إذا كان استدراكاً كالماقات ﴿الجملة الأولى﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا الباب، المسئلة الأولى في بيان وجوبها، الثانية في بيان عدد الواجبات منها، الثالثة في بيان على من يجب، الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً .

﴿المسئلة الأولى﴾ أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك نفى عن تكلف القول فيه .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما عدد الواجب منها فقيه قولان، أحدهما قول مالك والشافعي والاكثر وهو أن الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير، والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه وهو أن الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالنسبة واجباً أو فرضاً لا معنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة . أما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن أيدنها في ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ القرص الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول لدى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له : خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا الآن تطوع . وأما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منافق رأى أن الزيادة هي نسخ ولم تقع عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها أن تكون ناسخة لتلك الاحاديث اثباتية المشهورة رجح تلك الاحاديث وأيضاً فإنه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء إنه لا يبدل القول لدى وظاهره أنه لا يزد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان أظهر والخير ليس يدخله التنسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل أوجب المصير الى هذه الزيادة لاسيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخاً لكن ليس هذا من رأى أبي حنيفة .

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما على من يجب فعله المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك .

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما الواجب على من تركها عمد أو أمر بها فأبى أن يصليها لا جحوداً لقرضها فإن قوماً قالوا يقتل وقوماً قالوا يعزرو ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفر أو هو مذهب أحمد وإسحاق وابن المبارك ومنهم من أوجهه حداً وهو مذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتمزيره حتى يصلي به والسبب في هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ريدة أنه قال: العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ليس بين العبد وبين الكفر أو قال الشرك إلا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كأنه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد إيمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ أي أن أفعاله أفعال كافر وأنه في صورة كافر كما قال: لا يزني المؤمن حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقه كفره. وأما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستند له الاقياس شبه ضعيف إن أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر إنما ينطق بالحقيقة على التكذيب وبنار ك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب إلا أن يتركه معتقداً لتركها هكذا فتحن إذاً بين أحد أمرين إما أن أردنا أن فهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول أنه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر وإما أن يحمل اسم الكفر على غير موضوعه الأول وذلك على أحد معنيين إما على أن حكمه حكم الكافر أعني في القتل وسائر أحكام الكفار وإن لم يكن مكذباً وإما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أي أن فاعل هذا يشبه الكافر في الأفعال إذ كان الكافر لا يصلي كما قال عليه الصلاة والسلام: لا يزني المؤمن حين يزني وهو مؤمن وحله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لا يجب المصير إليه إلا بدليل لأنه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير إليه فقد يجب إذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقي الذي هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازي لا على معنى بوجب حكماً لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو أنه لا يحل دمه أذهو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم أعني أنه يجب علينا أحد أمرين إما أن نتدبر في الكلام محدثاً وأن أردنا حمله على المعنى الشرعي المقهور من اسم الكفر وإما أن نحمله على المعنى المستعار وأما حمله على أن حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع أنه مؤمن فشيء

منارق للأصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفر أو حداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب .

﴿ الجملة الثانية في الشروط ﴾ وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول في معرفة الاوقات ، الثاني في معرفة الاذان والاقامة ، الثالث في معرفة القبلة ، الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة ، الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة ، السادس في تعيين المواضع التي يصل فيها من المواضع التي لا يصل فيها ، السابع في معرفة الشروط التي هي شروط في صحة الصلاة ، الثامن في معرفة الثانية وكيفية اشتراطها في الصلاة .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب ينقسم أولاً الى فصلين ، الاول في معرفة الاوقات المتأمر بها ، الثاني في معرفة الاوقات المنهى عنها ،

﴿ الفصل الاول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ، القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة ، والثاني في أوقات أهل الضرورة .

﴿ القسم الاول ﴾ من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً) اتفق المسلمون على ان للصوات الخمس أوقاناً محسباً هي شرط في صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلاف في حدود أوقات التوسعة والتضييق وفيه خمس مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال الاخلاقاً شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف في صلاة الجمعة على ماسيأتى واختلفوا منها في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي قتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعي وأبو ثور وداود ودان يكون ظل كل شئ ممثله . وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شئ ممثله في احدي الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر . به قال صاحباه أبو يوسف ومحمد . وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد في إمامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شئ ممثله ثم قال الوقت ما بين هذين

وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم: انما بقاؤكم فيما ساف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أو حتى أهل التوراة فعلوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أوى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أوينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا اعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطاً قيراطاً ونحن كنا أكثر عملاً قال الله تعالى: هل ظلمتكم من أجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى أو تبه من أشاء فذهب مالك والشافعي الى حديث إمامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بن حزم و ليس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهي من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضي) ان الشاك في الكسر وأظنه قال وثلاث . وحجة من قال بإبصال الوقتين أعني اتصالاً لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام: لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت أخرى وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلاً في مساجد الجاعات . وقال الشافعي أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة أول الوقت انضبل بطلاق المنفرد والجماعة وفي الحر والبرد وانما اختلفوا في ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان في ذلك حديثين ثابتين ، أحدهما بقوله عليه الصلاة والسلام: اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم ، والثاني ان النبي عليه الصلاة والسلام: كان يصلي الظهر بالهاجرة وفي حديث حباب انهم شكوا اليه حر الرضاء فلم يشكهم خروجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قلت لأبي اسحاق شيخه أفى الظهر قال نعم قلت أفى تعجيلها قال نعم فرجع قوم حديث البراداذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعدم ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال: الصلاة لا أول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعني لأول ميقاتها مختلف فيها .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا من صلاة العصر في موضعين ، أحدهما في اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر ، والثاني في آخر وقتها . فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعي ودادود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا ارطل كل شئ مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت

مشارك للصلاطين معاً أعني بقدر ما يصلي فيه أربع ركعات . وأما الشافعي وأبو ثور وداود
فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذي هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو
حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي
حنيفة معهم في ذلك . وأسبب اختلاف مالك مع الشافعي ومن قال بقوله في هذه فعارضة
حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك أنه جاء في إمامة جبريل أنه صلى
بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم
الأول وفي حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام : وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر
خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركاً ومن رجح حديث عبد الله لم
يجعل بينهما اشتراكاً وحديث جبريل أمكن أن يصرف إلى حديث عبد الله من حديث
عبد الله إلى حديث جبريل لأنه يحتمل أن يكون الراوي تجاوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين
وحديث إمامة جبريل صححه الترمذي وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم في آخر
وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان ، أحدهما أن آخر وقتها أن يصير ظل كل شيء مثليه
وبه قال الشافعي والثانية أن آخر وقتها ما لم تصفر الشمس . وهذا قول أحمد بن حنبل وأهل
الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة * والسبب في اختلافهم أن في ذلك ثلاثة
أحاديث متعارضة الظاهر ، أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه : فإذا صليت
العصر فإنه وقت إلى أن تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر الشمس ،
والثاني حديث ابن عباس في إمامة جبريل وفيه أنه : صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل
كل شيء مثليه ، والثالث حديث أبي هريرة المشهور : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب
الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك
الصبح فمن صار إلى ترجيح حديث إمامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار إلى
ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر إلى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل
الظاهر كما قلنا . وأما الجمهور فسلوكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن
عباس إذا كان معارضاً لهما كل التعارض مسلوك الجمع لأن حديثي ابن عباس وابن عمر
تتقارب الحدود المذكورة فيها ولذلك قال مالك مرة بهذا مرة بذلك وأما الذي في حديث
أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة إنما خرج من أجل الاعتذار .
﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كآثار الصلوات أم لا فذهب
قوم إلى أن وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم

الى أن وقها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روي هذا القول عن مالك والشافعي * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله : ووقت صلاة المغرب بالمغرب الشفق فنرجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفصلة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضاً في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو أصلي في هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في اول القرض بمكة .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين ، أحدهما في أوله والثاني في آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من اول الليل إما بعد الفجر المستدق من آخر الليل أعني الفجر الكاذب وإما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع إذا أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون القوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الأبيض فوجد به بقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في انيوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثانية ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله : لولا ان أشق على أمتي لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل . وأما آخر وقها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال ، قول انه ثلث الليل ، وقول انه نصف الليل ، وقول انه الى طلوع الفجر وبالأول أعني ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروي عن مالك القول الثاني أعني نصف الليل وأما الثالث فقول داود * وسبب

الخلافة في ذلك تمارض الآثار في حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث أنس انه قال: أخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخاري وروى أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري وابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لولا ان أشق على أمتي لأخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث أبي قتادة: ليس التفريط في النوم إنما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل . وأما هل الظاهر فاعقدوا حديث أبي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يستقط حكماً فيجب أن يصار الى استصحاب حال الاجتماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر . واختلفوا فيما قبل فآثار ويناعن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الاتفاق على آخر وجهوا حسب ان به قال أبو حنيفة .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الاماري عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعي من أن آخر وقتها الاسفار . واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وأكثر العراقيين الى أن الاسفار بها أفضل . وذهب مالك والشافعي وأصحابه واحمد بن حنبل وأبو ثور وداود الى أن التغليس بها أفضل . وسبب اختلافهم في طريقة جمع الاحداث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال: اسفر واما الصبح فكما أسفرتم فهو أعظم للأجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أي الاعمال أفضل قال: الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه : كان يصلي الصبح فتصرف النساء ثلثات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الأغلب فن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص قضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز انه إنما تضمن الإخبار بوقوع ذلك منه لا بأنه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة ولانه نص في ذلك أو ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن أن يريد بذلك تبيين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في

ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله، وأما من ذهب إلى أن آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث في ذلك انه لأهل الضرورات أعني قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شيعي بما فعله الجمهور في العصر والمجيب انهم عدلوا عن ذلك في هذا واقفوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يبالغوا بالفرق بين ذلك .

﴿ القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول ﴾

فاما أوقات الضرورة والمذرة فيها كما قلنا قضاء الامصار وشاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها في ثلاثة مواضع، أحدها في الصلوات توجد هذه الاوقات ولأهلها ، والثاني في حدود هذه الاوقات، الثالث في من هم أهل المذرة الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي أحكامهم في ذلك أعني من وجوب الصلاة ومن سقطها .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اثنى مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشترك بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ماسيأتي بعدو خلفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس هاهنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احدهما على ماسيأتي بعدفن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر أعني الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يحز الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سنده بذكره بعد في باب الجمع من جميع اقرئين قال انه لا يكون هذا الوقت الا للصلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشترك للظهر والعصر والمغرب والعشاء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر إلى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو لمقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال وإما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص

بانصر إماريع ركعات قبل المغيب للحاضر وإمانان للمسافر أعنى انه من أدرك الوقت الخاص فقط لم يلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم يلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معاً وأحكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر . وأما الشافعي فجعل حدوداً وأخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة أيضاً قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعنى انه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً وأما أبو حنيفة فوافق مالكاً في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عند قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص * وسبب اختلافهم أعنى مالك والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركاً فقط وحجة الشافعي أن الجمع انما يدل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فماس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعنى انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الامر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي لا يوافق على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة خلافاً لهما في هذه المسئلة أعنى انيبي والله أعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمل فانه بين والله أعلم .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما هذه الاوقات أعنى أوقات الضرورة فاتفقوا على انها لأربع للخاص نظري في هذه الاوقات أو تحيض في هذه الاوقات وهي لم تنصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم . واختلفوا في المعنى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لانه لا يقضي عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند أبي حنيفة انه يقضي الصلاة فيها دون الخمس فاذا افاق عنده من اغنامه متى ما افاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا افاق في أوقات الضرورة لزمته الصلاة التي افاق في وقتها واذا لم يبق فيها لم يلزمه الصلاة وستأتي مسئلة المعنى عليه فيما بعد . واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت في هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة

التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلواتان معاً وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلواتان معاً كما قلنا أو تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر النامس يحضر في هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه تازمهم الصلاة وكذلك الصبي يبلغ . والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حد أمثل التكبيرة فمنها ان قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وأيد هذا بما روي : من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة هاهنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد انقراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتدله بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغني عليه عند مالك كالخائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الخائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن انقضاء ساقط عنها والشافعي يرى أن القضاء واجب عليها وهو لا يلزمه ان يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا أن يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبي حنيفة أعني جار ياعلى أصوله لا على أصول قول مالك .

﴿ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين ، أحدهما في عددها ، والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي عن فعلها فيها .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصل صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهي عنها هي أربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهي عنها الا وقت الزوال يوم

الجمعة فانه أجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف في ذلك أحد شيئين إما معارضة الأثر أو إمامة العمل عند من راعى العمل أعني عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فثبت ورد النهي وبذلك هناك معارض لامن قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للأثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال : ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيها وإن تقرب فيها موتنا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى يغيب وحين تضيف الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث أبي عبد الله الصنابحي في معناه ولكنه منقطع خرجه مالك في موطأه فمن الناس من ذهب إلى منع الصلاة في هذه الأوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال إما باطلاق وهو مالك وإما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي . أما مالك فلأن العمل عنده بالمدينة لما وجدته على الوقتين فقط ولم يجد على الوقت الثالث أتى الزوال أباح الصلاة فيه واعتد أن ذلك النهي منسوخ بالعمل . وأما من لم ير العمل تأثيراً بقي على أصله في المنع وقد تكلمنا في العمل وقونه في كتابنا في الكلام اتفق به وهو الذي يدعى باصول الفقه . وأما الشافعي فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح إلى جدار المسجد الغربي فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع مارواه أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس اليوم الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الأثر عنده العمل في أيام عمر بذلك وإن كان الأثر عنده ضعيفاً . وأما من رجح الأثر الثالث في ذلك ففي أصله في النهي . وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فيه معارض الآثار الثلاثة في ذلك وذلك أن في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تقرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، والثاني حديث عائشة قالت : مارك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سراً ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أرواه ناسخاً لأنه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيما نهاراً رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي

ركعتين بعد العصر فسأله عن ذلك فقال انه أناني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما تان .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لا تجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة مقتضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه . واتفق مالك والشافعي انه يقضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات . وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تعمل لتيسر في وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تعمل لسبب مثل ركعتي المسجد فإن الشافعي يحجز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يحجز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا الفرض ولم يفرق سنة من ذل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال ، قول هي الصلوات باطلاق ، وقول انها ما عدا المفروض سواء كانت سنة أو غلاء ، وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنازة عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معاً عند الطلوع والغروب وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وأي يخص بأي وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا نسي أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضي استغراق جميع الاوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الاوقات : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضي أيضاً عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فتنحى الحاديثن على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض دونه من جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص إما في الزمان وإما في اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعني استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ما عدا الفرض في تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا ذلك صلاة الصبح أيضاً للنص الوارد فيها ولا بدوا ذلك برأيهم من أن

المدرک لركمة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرک لركمة قبل الغروب يخرج للوقت المباح. وأما الكوفيون فلهي أن يقولوا أن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهي بها في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضى في الوقت المنهي عنه فإذا الخلاف بينهم آلى الى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فتقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام وإذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة القائمة كما أنه ليس هاهنا دليل أصلاً لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في أحاديث النهي من الزمان العام الوارد في أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهي وهذا بين فانه إذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعني استثناء خاص هذا من عام ذلك أو خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله أعلم .

﴿ الباب الثاني في معرفة الأذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضاً الى فصلين ، الاول في الأذان ، والثاني في الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام ، الاول في صفته ، الثاني في حكمه ، الثالث في وقته ، الرابع في شروطه . الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الاول من الباب الثاني في صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء في الأذان على أربع صفات مشهورة . إحداها ثنية التكبير فيه وتر بيع الشهادتين وبقية منتهى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره . واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثنى الشهادتين أولاً خفياً ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت ، والصفة الثانية أذان المكين وبه قال الشافعي وهو تر بيع التكبير الاول والشهادتين وثنية

بأبي الأذان ، والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو ترديد التكبير الأول وثنية باقي الأذان وبه قال أبو حنيفة ، والصفة الرابعة أذان البصريين وهو ترديد التكبير الأول وثلاث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهاد أن لا اله الا الله حتى يصلح على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعني الرابع كلمات سبعة ثم يعيدهن" ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الرابع فرق اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتاجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتاجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما ثنية التكبير في أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبي مخذرة وعبد الله بن زيد الانصارى وتريعه أيضاً مروى عن أبي مخذرة من طرق أخرى . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وحى زيارات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبي قدامة قال أبو عمرو أبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون فيحدث أبي ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رأى في المنام رجلاً قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن مثنى وأقام مثنى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى وأقام مثنى والذى خرجه البخارى في هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنىها وخرج مسلم عن أبي مخذرة على صفة أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد في الأذان رأى أحمد بن حنبل وداودان هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التخيير لا على الإيجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلاف قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خيراً من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الأذان المنسوخ وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل في زمان عمر .

﴿ القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى ﴾

اختلف العلماء في حكم الأذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وإن كان واجباً فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية قليل عن مالك ان الأذان هو فرض على مساجد الجماعات وقليل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة . وقال بعض أهل الظاهر

هو واجب على الأعيان . وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر . وقال بعضهم في السفر وانفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة إلا أنه أكد في حق الجماعة قال أبو عمر وانفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصري لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سمع النداء لم يفر وأذا لم يسمعه أغار * والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك ابن الحوثر ولصاحبه : إذا كنتا في سفر فأذنا وأقيا وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال إنه فرض على الأعيان أو على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المقلس عن داود ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال أنه سنة المساجد أو فرض في المواضع التي يجمع بها الجماعة فنسب الخلاف هو رده بين أن يكون قولاً من أقوال الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

❦ القسم الثالث من الفصل الأول ❦

وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح إذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لأن الواجب عندهم هو الأذان بعد الفجر . وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان بعد الوقت وإن أذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الأول ويصعد الثاني . والسبب في اختلافهم أنه ورد في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : إن بلالاً ينادي بليل فلكوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم . وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت والثاني ما روى عن ابن عمر أن بلالاً أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي ألا إن البعد قد نام وحديث الحجازيين أثبت وحديث الكوفيين أيضاً أخرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين إما مذهب الجمع وإما مذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير إليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك أنهم قالوا يحتمل أن يكون نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن أم مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع

الفجر ويدل على ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت لم يكن بين أذاتهما الا بقدر ما يهبط هذا ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعني أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روى من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني انه كان يؤذن لها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم .

﴿ القسم الرابع من الفصل الاول في الشروط ﴾

وفي هذا القسم مسائل ثمانية، احدها هل من شروط من أذن أن يكون هو الذي يقيم أم لا، والثانية هل من شروط الاذان أن لا يتكلم في أثناءه أم لا ، والثالثة هل من شروطه أن يكون على طهارة أم لا، والرابعة هل من شروطه أن يكون متوجهاً الى القبلة أم لا ، والخامسة هل من شروطه أن يكون قائماً أم لا، والسادسة هل يكره أذانه للراكب أم ليس يكره، والسابعة هل من شروطه البلوغ أم لا ، والثامنة هل من شروطه ألا يأخذ على الاذان أجرأ أم يجوز له أن يأخذه . فأما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما وقيم الآخر فأكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم الى أن ذلك لا يجوز * والسبب في ذلك أنه ورد في هذا حديثان متعارضان ، أحدهما حديث الصدائي قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان أو ان الصبح أمرني فأذنت ثم قام الى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أخاصد أذن ومن أذن فهو يقيم والحديث الثاني ما روى ان عبد الله بن زيد حين أرى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً فأذن ثم أمر عبد الله فأقام فن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائي متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائي اقر به عبد الرحمن بن زيد الا فرقي وليس بحجة عندهم . وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان فلم كان اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعني حديث عثمان بن ابي العاص وفيه انه قال من آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على اذانه أجر أو من منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة . وأما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك . قال ابو عمر بن عبد البر قدرو بن عينا عن أبي وائل بن حجر قال حق وسنة مستنونة ألا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل في المسند وهو والى من القياس (قال القاضي) وقد خرج الترمذي عن أبي هريرة انه عليه

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول ما يقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله * والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روي من حديث أبي سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قال: اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول . وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حي على الفلاح: لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بموم حديث أبي سعيد الخدري ومن بنى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(من الباب الثاني من الجملة الثانية في الاقامة)

اختلفوا في الاقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها . اما حكمها فانه عند فقهاء الامصار في حق الأعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهي عند أهل الظاهر فرض ولا أدري هل هي فرض عندهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل . وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلاف فهم هل هي من الافعال التي وردت بياناً لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام: صلوا كما رأيتموني أصلي أم هي من الافعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث بوجوب كونها فرضاً إما في الجماعة وإما على المنفرد . وأما صفة الاقامة فانه عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فثني وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانه عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين . وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثني مثني وخير أحمد بن حنبل بين الافراد والثنية على رأي في التخيير في النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت: أمر

بلال أن يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة . وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام: أمر بلالاً فأذن مني وأقام مني . والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا اقامة . وقال مالك أن أقرن بحسن وقال الشافعي أن أذن وأقرن بحسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة . وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيأذركه ابن المنذر والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها كذا في بعضها يطلب الدليل .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) . أما إذا أبصر البيت فالقصر عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما إذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلقوا من ذلك في موضعين ، أحدهما هل القرض هو العين أو الجهة ، والثاني هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أعني اصابة الجهة أو العين عندهم أو يجب العين فذهب قوم الى ان القرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره (١) ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس هاهنا محذوف اصلاً وان الكلام على حقيقته فمن قدره ناك محذوفاً قال القرض الجهة ومن لم يدره ناك محذوفاً قال القرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على الحجاز وقد قال ان الدليل على تقديره هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام : ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفق المسلمون على النصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان القرض ليس هو العين اعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذي اقول انه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجاً وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فان اصابة العين شيء لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنيط منها طول البلاد وعرضها .

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له أن أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده . أما الشافعي فزعم ان فرضه

(١) المحذوف المراد تقديره في الآية ما قطع من النسخ التي لا بدتنا ولم تقف على تقديره في مكانه من الكتب

الاصابة وان اذاتين له انه اخطأ أعاد أبدأ وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يعمد أو صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة إلا أن مالكا استحب له الاعادة في الوقت * وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضا في تصحيح الأثر الوارد في ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني وقت الصلاة وذلك أنهم اجمعوا على أن القرض فيه هو الاصابة وأنه ان انكشف للمكلف أنه صلى قبل الوقت أعاد أبدأ إلا خلافة شاذ في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك من أن المسافر اذا جهل فصلى المشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاها قبل غيبوبة الشفق انه قدم مضت صلاته . ووجه الشبه بينهما أن هذاميات وقت وهذاميات جهة واما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر تخففت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا قلبا أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (والله المشرق والمغرب فايتا تولوا فم وجه الله) وعنى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الأثر لم يطل صلاته . وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فهم من منعه على الاطلاق ومنهم من أجازته على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والقرض * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا . أما الأثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة ، والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة وهو أسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى فن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال إما يمنع الصلاة مظلة أن رجح حديث ابن عباس وإما يجازتها مطلقا أن رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على القرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فإن الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي قبل ومن ذهب مذهب

سقوط الأثر عند التعارض فإن كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجتماع والاتفاق لم يحز الصلاة داخل البيت أصلاً وإن كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجتماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الأظهر لم يحز الصلاة في البيت . واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة إذا صلى منفرداً كان أو اماماً وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واخلفوا في الخط إذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه أن يحيط وقال أحمد بن حنبل يحيط خطأ بين يديه * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الأثر الوارد في الخط والأثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فإن لم يكن فلينصب عصاً فإن لم تكن معه عصاً فليخط خطاً ولا يضر من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقدر روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت أنه كان يخرج أهله العترة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي أربع مسائل .

﴿ الباب الرابع من الجملة الثانية ﴾

هذا الباب ينقسم الى فصلين ، احدهما في ستر العورة ، والثاني فيما يحزى من اللباس في الصلاة .

﴿ الفصل الاول ﴾

اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض باطلاق واختلقوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا وكذلك اختلقوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك أنها من سنن الصلاة ومذهب أبو حنيفة والشافعي أنها من فروض الصلاة * وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الأمر بذلك على الوجوب أو على الندب فن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بأن سبب نزول هذه الآية كان أن المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بيضه أوكله * وما بدامنه فلا أحله

فزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحدى بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من أنه كان رجال يصلون مع النبي

عليه الصلاة والسلام عاقدي أزرم على أعناقهم كهية الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما به يسترتورة لم يختلف في أنه يصلي واختلف في عدم الطهارة هل يصلي أم لا يصلي .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل * وسبب الخلاف في ذلك أن متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث جرهدان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثاني حديث أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم حصر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري وحديث أنس أسند وحديث جرهدا حوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي حد العورة في المرأة فكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة * وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم ان المقصود به ما لا تملك ظهوره فن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها * عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بمعوم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بأنه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انها ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الخلع .

الفصل الثاني . من الباب الرابع فيما يجزى من اللباس في الصلاة ﴿

أما اللباس فالاصل فيه دقوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة . وذلك انهم اتفقوا على ان الهيات من اللباس التي نهى عن الصلاة فيها مثل اشتغال السماء وهو أن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وإن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة آلات كشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهيئات ان كانت تكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزى الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أيصلي الرجل في ثوب الواحد فقال : أولئككم ثوبان . واختلفوا في

الرجل يصلى مكشوف الظهر والبطن فالجهر على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بمورة وشذوق فقالوا لا تجوز صلاته لئنه صلى الله عليه وسلم ان يصلى الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شئ * وتمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) وانفق الجهر على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلى فيه المرأة فقال: في الخمار والدرع السابق اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى ايضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يقبل الله صلاة حائض الانحمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يغتسلون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مال كافانه قال انها تيسد في الوقت فقط والجهر على ان الخادم لها ان تسمى مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد . واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا الاعداد في الوقت * وسبب اختلافهم في ذلك هل الشئ المنهي عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة ام لا فن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه ما توما والصلاة جائزة قال ليس شرط في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط . وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المنصوبة والخلاف فيها مشهور .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الطهارة من النجس فن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أى من شروط صحتها وأما من قال انها فرض باطلاق فيجوز أن يقول انها فرض في الصلاة ويجوز أن لا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين ، أحدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر ، والقول الآخر انها ليست شرطا والذي حكاه من انها شرط لا يتخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقدمت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وانما الذي يتعلق به هاهنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب أن يكون فرضا في الصلاة أم لا والحق ان الشئ المأمور به على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطا في صحة شئ ما الا بأمر آخر .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما المواضع التي يصلي فيها فان من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع الزبلة والحزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يظلمها وهو أحد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان هاهنا حديثين متفق على محتهما وحديثين مختلف فيهما . فاما المتفق عليهما قوله عليه الصلاة والسلام : أعطيت خمساً لم يعطن أحد قبلي وذكرها وجمعت لي الارض مسجد أو طهوراً فإن ما أدركتني الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام : اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً . وأما الغير المتفق عليهما فأحد ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى في سبعة مواضع في الزبلة والحزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى ، والثاني ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا في مراض النعم ولا تصلوا في أعطان الابل فذهب الناس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح والنسخ ، والثاني مذهب البناء أعني بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جمعت لي الارض مسجد أو طهوراً وقال هذا نسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهي خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضاً النهي عنهم مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال أحاديث النهي محمولة على الكراهة والاول على الجواز . واختلفوا في الصلاة في البيع والكنائس فكرها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صوراً ولا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من أجل التماثيل والعلة نهي كرهها لمن أجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يمد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصى

وما يشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (١) .

﴿ الباب السابع ﴾

وأما التروك المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولاً ومنها فعلاً . فاما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التي ليست من أفعال الصلاة لا قتل المقرّب والحية في الصلاة فانهم اختلفوا في ذلك لممارسة الاثر في ذلك للقياس واتفقوا فيها أحسب على جواز العمل الخفيف . وأما الأقوال فهي أيضاً الأقوال التي ليست من أفعال الصلاة وهذه أيضاً لم يختلفوا فيها فمذهب الصلاة عند أقواله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : ان الله يتحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث ألا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم انه قال : كنّا نتكلم في الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأنمرنا بالكوت ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن صلاتنا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير والتحميد وقراءة القرآن إلا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما إذا تكلم ساهوا والآخر إذا تكلم عمدأ لا صلاح الصلاة وشذالاً وزاعى فقال من تكلم في الصلاة لا حياة نفس أولاً مر كبير فانه يبني والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمدأ على جهة الاصلاح لا يفسدها . وقال الشافعي يفسدها التكلم كيف كان الاعم النسيان . وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة تقتضى تحريم الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذواليدن أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذواليدن فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فنأخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شيء يخص الكلام لا صلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب الى أنه ليس في الحديث دليل على أنهم تكلموا عمدأ في الصلاة وانما يظهر منهم أنهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المقهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لتغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي

في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد أيضاً في ذلك أصلاً عاماً وهو قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى أنها ناسخة لحديث ذى الدين وأنه متقدم عليها .

﴿ الباب الثامن ﴾

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة . واختلفوا هل من شرطية المأموم أن توافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهراً بامام يصلي عصراً ولا يجوز أن يصلي الامام ظهراً يكون في حقه شكلاً وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجب أن يوافق نية المأموم نية الامام وذهب الشافعي الى انه ليس يجب . والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من انه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام للمأموم . ومن رأى أن الاباحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الاصل قال لا يتخلو الامر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين إيمان أن يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لان ظاهره انما هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ وإيمان أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم . وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذا كان غرضنا على القصد الاول ان هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

﴿ الجلمة الثالثة من كتاب الصلاة ﴾

وهو معرفة ما تشغل عليه من الاقوال والافعال وهي الاركان والصلوات المقرضة تختلف في هذين بالزيادة والتنقصان إيمان قبل الانفراد والجماعة وإيمان قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجماعة لظهور سائر الايام وإيمان قبل الحضر والسفر وإيمان قبل الأمن والخوف وإيمان قبل الصحة والمرض فإذا أريد ان يكون القول في هذه صناعاتها على نظام فيجب ان يقال أولاً فيها تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعلم بمرض منه تكرار ما هو الذي سلكه الفقهاء ونحن تبهم في ذلك فنحمل هذه الجلمة متقسمة الى ستة أبواب ، الباب الاول في صلاة المنفرد

الحاضر الامن الصحيح ، الباب الثاني في صلاة الجماعة أعنى في أحكام الامام والمأموم في الصلاة ، الباب الثالث في صلاة الجمعة ، الباب الرابع في صلاة السفر ، الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول في أقوال الصلاة . والفصل الثاني في أفعال الصلاة

﴿ الفصل الاول ﴾

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام . فاما ما نقل من قوله فحديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة : اذا أردت الصلاة فأسع في الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فقوم هذا هو أن التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره كما ذكر سائر فروض الصلاة ، وأما ما نقل من فعله فيها حديث أبي هريرة انه كان يصلي فيكبر كما خفف ورفع ثم يقول اني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال : صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ عمران بيده فقال أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالتفتون بإجابة تسكوا بهذا العمل المنقول في هذا الحديث وقالوا الاصل ان تكون كل أفعاله التي أنت بيانها لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم : صلوا كما رأيتموني أصلي . وخذا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الآثار يدل على أن العمل عند الصحابة إنما كان على اتقان التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول اني لأشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم ، وأما من جعل التكبير كله تقلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الأذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس

تكبيره الاحرام على سائر التكبيرات . قال أبو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن زيد الرحمن بن أبيه قال : صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه احمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكان هؤلاء راوا ان التكبير انما هو لمكان اشمار الامام للمؤمنين قيامه وقعوده وبشبه أن يكون الى هذا ذهب من رآه كله نقلاً .

(المسئلة الثانية) قال مالك لا يحزى من لفظ التكبير الا الله أكبر وقال الشافعي الله أكبر والله الا كبر اللفظان كلاهما يحزى . وقال أبو حنيفة يحزى من لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل الله الاعظم والله الاجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو التبعيد في الافتتاح أو المعنى وقد استدلل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة الطهور وتحريم التكبير وتحليلها التسليم قالوا الا لف واللام هاهنا للحصر والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز لغيره وليس بواقفم أبو حنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به .

(المسئلة الثالثة) ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو أن يقول بعد التكبير إمام وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعي وإمام بسبح وهو مذهب أبي حنيفة وإمام يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه . وقل مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للمعمل عند مالك أو الاختلاف في محبة الآثار الواردة بذلك (قال القاضي) قد ثبت في الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة استكانة قال فقلت يا رسول الله بآتي أنت وامى استكانتك بين التكبير والقراءة ما تقول قال : اقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم تنق من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سككات كثيرة في الصلاة فمنها حين يكروحين فرفع من قراءة القرآن واذافرغ من القراءة قبل الركوع ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور والاوزاعي وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبي هريرة انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سككات في صلاته حين يكبر ويفتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذافرغ من القراءة قبل الركوع .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة ففتح ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهرًا كانت أو سرًا في استفتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة وقال أبو حنيفة والثوري يقرأوها مع أم القرآن في كل ركعة سرًا وقال الشافعي يقرأوها ولا بد في الجهر جهرًا أو في السر سرًا وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو نوري وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم إنما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعًا وسبب الخلاف في هذا آيل إلى شيئين ، أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب ، والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا . فأما الآثار التي أحجج بها من أسقط ذلك منها حديث ابن مغفل قال سمعت أبي وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال يابني إياك والحدث فاني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلاً منهم يقرأها قال أبو عمرو وابن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ، ومنها ما رواه مالك من حديث أنس أنه قال قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله إذا انتحوا الصلاة قال أبو عمرو وفي بعض الروايات أنه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمرو والأنا أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا أن النزل فيه مضطرب اضطرب بالالتزام به حجة وذلك أن مرة روى عنه مرفوعًا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ، ومنهم من يذكر عثمان ، ومنهم من لا يذكره ، ومنهم من يقول فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم . وأما الأحاديث المعارضة لهذا فتعني حديث نعم بن عبد الله الجعفي قال : صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر بسم الله الرحمن الرحيم ، ومنها حديث أم سلمة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلف هذه الآثار أحدها أو يجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة ، والسبب الثاني كما قلناه هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى أنها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى أنها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة

قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محققة ولكن من أعجب ما وقع في هذ المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم انما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكمون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لينته رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن هل تواتر هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن انه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه أيضاً لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كانه يجب وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها انها من القرآن في موضع وأنها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حينئذ كرت وأنها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محققة وذلك انها في سائر السور قنحة وهي جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله أعلم .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اتفق العلماء على انه لا يجوز صلاة بغير قراءة لاعمداً ولا سهواً الا شيثاروى عن عمر رضي الله عنه انه صلى فمضى القراءة فقبل له في ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقبل حسن فقال : لا بأس اذاً وهو حديث غريب عندهم أدخله مالك في موطأه في بعض الروايات والاشيثاروى عن ابن عباس انه لا يقرأ في صلاة السر وانما قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوات وسكت في أخرى فقرأها في ركعتين فسكت وسئل هل في الظهر والمصر قراءة فقال لا وأخذ الجهور بحديث خباب انه صلى الله عليه سكت وسئل هل في الظهر والمصر قيل فبأى شئ كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين الركعتين واختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من أوجبها في كل ركعة ومنهم من أوجبها في أكثر الصلاة ومنهم من أوجبها في نصف الصلاة ومنهم من أوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي وهي أشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها في ركعتين من الرابعية أجزأه وأما من رأى انها تحزى في ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة . وأما ابو حنيفة فالواجب عندنا ثلث أو قراءتان أي آية انغثت ان قرأها وحدها بحجة في ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الأولىين وأما في الأخيرتين فيستحب

عنده النسيح فيها دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها * والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للآثر. أما آثار المتأرضية في ذلك فأحدها حديث أبي هريرة ثابت أن رجلاً دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: ارجع فصل فانك لم تصل فصلي ثم جاء فأمره بالرجوع فصل ذلك ثلاث مرات فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تستدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تستوى قائماً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها . وأما المعارض لهذا الحديثان : أن متفق عليهما، أحدهما حديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال: لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج فهي خداج فلا ناو حديث أبي هريرة المتقدم ظاهره أنه يحزى من إقراء في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبي هريرة اثنان يقتضيان أن أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى: فاقرؤوا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة المتقدم . والماء المختلقون في هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذه الأحاديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك أنه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه وله أن يقول على طريق الجمع أنه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفي الكمال لأن في الأجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الإعلام بالجزء من القراءة إذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولا وائلك أيضاً أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لانها أكثر وأيضاً فإن حديث أبي هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذي فيه يقول الله تعالى: قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدني عبدي الحديث ولهم أن يقولوا أيضاً أن قوله عليه الصلاة والسلام: ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والأحاديث الآخرة معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فإن معنى حرف ما هاهنا إنما هو معنى أي شيء ييسر وإنما يسوغ هذا أن دلت ما في كلام العرب على ما تدل عليه لام المهدف كان يكون تدبير

الكلام أقرأ الذي يمسر ملك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الالف واللام في الظاهر تدل على العهد فينبغي أن يتأمل هذا في كلام العرب فان وجدت العرب تسهل هذا أعني تجوز في موطن ما فتدل بما على شيء معين فليسغ هذا التأويل والافلا وجه له فالمسئلة كما ترى محققة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ . وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب في الصلاة في كل ركعة أو في بعض الصلاة فسيبها احتمال عوده الضمير الذي في قوله عليه الصلاة والسلام : لم يقرأ فيها بالقرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ في الكل منها أو في الجزء أعني في ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذي أصارأ بأحنيقة الى أن يترك القراءة أيضاً في بعض الصلاة أعني في الركعتين الأخيرتين واختار مالك ان يقرأ في الركعتين الاوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفي الأخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعي ان يقرأ في الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التي تقرأ في الاوليين تكون أطول فذهب مالك الى حديث أبي قتادة الثابت انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الاوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخيرين منها بفاتحة الكتاب فقط . وذهب الشافعي الى ظاهر حديث أبي سعيد الثابت أيضاً أنه كان يقرأ في الركعتين الاوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الآخر بين قدر خمس عشرة آية ولم يجز في العصر لا تفاق الحديثين فيها وذلك ان في حديث أبي سعيد هذا أنه كان يقرأ في الاوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفي الآخر بين قدر النصف من ذلك .

(المسئلة السادسة) اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن في الركوع والسجود لحديث علي في ذلك قال نهاني جبريل صلى الله عليه وسلم ان أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً قال الطبري وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخاري لانه لم يصح الحديث عنده والله أعلم . واختلقوا هل في الركوع والسجود قول محدود بقوله المصلي أم لا فقال مالك ليس في ذلك قول محدود وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم الى أن المصلي يقول في ركوعه سبحان ربّي العظيم ثلاثاً وفي السجود سبحان ربّي الاعلى ثلاثاً على ما جاء في حديث عقبة بن عامر وقال الثوري أحب الى أن يقولها امام خمساً في صلاته حتى يدرك الذي خلقه ثلاث تسبيحات * والسبب في هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان في حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال : ألا وإني نهيته ان أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً فما

الركوع فمظموافيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فقمتم أن يستجاب لكم وفي حديث عتبة بن مامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال للرسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سببح اسم ربك الأعلى قال : اجعلوها في سجودكم وكذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتحاقهم على جواز الثناء على الله فذكره ذلك مالك لحديث علي أنه قال عليه الصلاة والسلام : أما الركوع فمظموافيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بأحاديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم بنا وبحمدك اللهم اغفر لي . وأبو حنيفة لا يميز الدعاء في الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعي يميزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أن التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة إلى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود . وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك أن القياس يقتضي إلحاقه بسائر الأركان التي ليست بواجبة في الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضي وجوبه مع أن الأصل عنده هؤلاء أن أفعاله وأقواله في الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والأصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به إلا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلاً متعارضان . وأما المختار من التشهد فإن ما لكارحه الله اختار تشهد عمر رضي الله عنه الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله ! سلام عليك أيها النبي ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار أدل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال أبو عمرو وبه قال أحمد وأكثر أهل الحديث ثبتوا نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان قول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله الا الله وأن محمداً رسول الله * وسبب اختلافهم اختلاف ظنهم في الأرجح منها فمن غلب على ظنه رجحنا حديث ما من هذه الأحاديث الثلاثة مال إليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الجناز وفي الميدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال إنها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً) ذهب الى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى أنه التسليم الذي يؤدي به عقب الصلاة عليه . وذهب قوم من أهل الظاهر الى أنه واجب أن يتعوذ المتشهد من الأربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة الحيا والممات لأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم .

(المسئلة الثامنة) اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه : وتحليلها التسليم ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليتين وذلك عنده من حمل فعله على الوجوب واختار مالك للامام تسليعتين وللإمام واحدة وقد قيل عنه أن المأموم يسلم ثلاثاً الواحدة للتجليل والثانية للامام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب الى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الأفرقي أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا جلس الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قل أبو عمرو بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي أقربه الأفرقي وهو عند أهل النقل ضعيف (قال إمامي) أن كان أثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق الناظر وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند أكثر ولكن الجمهور أن يقولوا أن الألف واللام التي للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ اختلّفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان وقال قوم بل في النصف الاخير منه وقال قوم بل في النصف الاول والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمرو بن عبد البر والقنوت بطن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكوان والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الا وراء امام يقنت قال الليث وأخذت في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهر أو أربعين يدعو لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم أو يمد بهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعد ما حتى لقى الله قال فنذحت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضي) ولقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا فخرطية وانه اسقى الى زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم) وخرج عن أبي هريرة انه قنت في الظهر والعشاء الاخرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهرا في صلاة الصبح يدعو على بني عصىة واختلّفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونسئدك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفر بك اللهم اياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونخمد ترجوا رحمتك وتخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسمى أهل العراق السورتين ويروي أنها في مصحف أبي بن كعب . وقال الشافعي واسحاق بل يقنت اللهم اهدنا فمنا هديت وعافنا فمنا عافيت وقتنا شرما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تبارك تبارك بنا وتعاليت وهذا برويه الحسن بن علي من طرق ثالثة ان النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقوف .

﴿ الفصل الثاني ﴾

في الافعال التي هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمان مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع ، أحدها في حكمه ، والثاني في المواضع التي رفع فيها من الصلاة ، والثالث الى أين ينتهي رفعها . فاما الحكم فذهب الجمهور الى انه سنة في الصلاة وذهب داود وجماعة من أصحابه الى ان ذلك فرض وهؤلاء اقساموا فمنهم من أوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعني عند الانحطاط فيه وعند الارشاع منه ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي رفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة لقطعه عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث أبي هريرة انما فيه انه قال انه وكبر ولم يأمر برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة . وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر ثقاتهم الى انه لا يرفع المصلي يديه إلا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك الا انه عند أولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان في ذلك أحاديث ، أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب انه : كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها ، والحديث الثاني حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذ رفع راسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال سمع الله لمن حمده بناولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه ، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك

لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء أن الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان رأيه أنه نذر حمل ذلك على النذر ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال أنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها إلى بعض على ما في حديث واثل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآراء مذهبين إما مذهب الترجيح وإما مذهب الجمع * والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على النذر أو على الفرض هو السبب الذي قلناه قبل من أن بعض الناس يرى أن الأصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى أن الأصل ألا يزداد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو إجماع أنه من فرائض الصلاة لا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشئ الواحد مرات كثيرة . وأما الحد الذي ترفع إليه اليدين فذهب بعضهم إلى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الأذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الصدر وكل ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن أثبت ما في ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع إلى الأذنين أثبت من الرفع إلى الصدر وأشهر .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب أبو حنيفة إلى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي أن يكون سنة أو واجبا اذ لم ينقل عنه نص في ذلك * والسبب في اختلافهم هل الواجب الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشئ الذي ينطلق عليه الاسم فن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صرح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة : اركع حتى تطمئن راكعا وارفح حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى أن الأصل أن لا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يرفع اليدين فرضا ولا ماعدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقوال التي في الصلاة فتأمل هذا فإنه أصل مناقض للأصل الاول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يقض باليئة إلى

الأرض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والآخرية فقال في الوسطى يمثل قول أبي حنيفة وفي الآخرية يمثل قول مالك * وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان في ذلك ثلاثة آثار، أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه وإذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى وإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعده ، والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان إذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر أنه قال اتأسنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه : اتأسنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد أنه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وتثنى اليسرى وجلس على وركة اليسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراني هذا عبيد الله بن عبد الله بن عمر وحدثنى ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيع لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيع لحديث وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الأفعال المختلفة أولى ان تحمّل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلاف العلماء في الجلسة الوسطى والآخرية فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الأخيرة الى انها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدي الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم : اجلس حتى تطفئ جالساً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فن أخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بكينة ان ثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يحيرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فيهما وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً بالجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضاً فهذا هو الذي أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين وأروا ان سجود السهو انما يكون للسنة دون الفروض ومن رأى انها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شيء مخصوصا دون سائر الفرائض وليس في ذلك

دليل على انها ليست بفرض . وأما من ذهب الى انها كليهما سنة فحاشا للجلسة الاخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتد به الجمهور انها سنة فاذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها أن تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذا ان الأصلان جميعا يقتضيان هاهنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا القياس وأعني بالاصلين القول والعمل ولذلك أضعف الاقوال من رأى ان الجلسة سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة واختلفوا في تحريك الاصابع لاختلاف الأثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء في وضع اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة فذكره ذلك مالك في القرض وأجازه في النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب في اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة قللت فيها صلاته عليه الصلاة والسلام ولم تنقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث أبي حميد فرأى قوم ان الآثار التي أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب أن يبصار اليها ورأى قوم ان الأوجب المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لانها أكثر ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك في النفل ولم يجزها في القرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختار قوم اذا كان الرجل في وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوى قاعدا واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعي وجماعة والثاني قال مالك وجماعة * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفي حديث أبي حميد في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الاول الشافعي

وأخذ بالتالي مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبته أو ركبته قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين * وبسبب اختلافهم ان في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبته قبل يديه واذ انهض رفع يديه قبل ركبته وعن أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا سجد أحدكم فلا يركع كما يركع البعير وليضع يديه قبل ركبته وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبته وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبي هريرة .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه وتقصه السجود على عضو من تلك الأعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لأن اسم السجود إنما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الأعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنه جاز وان سجد على أنه دون جبهته لم يجز وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعا * وبسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الانف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف أجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كأنه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه أصل في هذا الباب والاجاز لقائل أن يقول انه ان من من أنه الارض مثقال خردة لم يسجده وأما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والانف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد زال فله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاته من الصلوات وعلى جبهته وأنه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسر للحديث المجمع قال أبو عمر وابن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكر وفيه الانف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط

وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لما لك . واختلفوا أيضاً هل من شرط السجود أن تكون بد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثرة وقول بالفرق بين أن يمس من جهته الأرض شيء أو لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الامصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلائس والعمائم واحتج من لم يراهم باليد في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم ان يسجد على سبعة أعضاء ولا تكفت ثوباً ولا شعراً أو قياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن أن يحجج بهذا الموضع في السجود على العمامة .

(المسئلة الثامنة) أغفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي أن يقعى لرجل في صلاته كما يقعى الكلب الا انهم اختلفوا في بدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتية في الصلاة ناصباً أخذ به مثل إقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم رأوا ان معنى الاقعاء الذي نهى عنه هو أن يجعل اليتية على عتبيه بين السجدين وان يجلس على صدره قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكى قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على التمدين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرج مسلم * وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهى عنه في الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى أعني على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى انه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رأى انه يدل على معنى شرعى قال انما أراد بذلك إحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدره قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التي أراد بالاقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوى حتى ثبت لها معنى شرعى بخلاف الامر في الاسماء التي تثبت لها معان شرعية أعني أنه يجب أن يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس .

﴿ الباب الثاني من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة، أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة، والثاني في معرفة شروط الامامة ومن أولى بالتقدم وأحكام الامام الخاصة به، الثالث في مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأمومين، الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه، الخامس في صفة الانباع، السادس في ايجامه الامام عن المأمومين، السابع في الاشياء التي اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين .

﴿ الفصل الاول ﴾

في هذا الفصل مسئلتان، احدهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة ، المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها أم لا .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف * والسبب في اختلافهم تعارض منهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أفضل صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أنسمع النداء قال نعم قال لا أجذلك رخصة هو كالنص في وجوبه مع عدم المدرخرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: والذي نفسي بيده لندهمت ان أمر بحطب فيحطب ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها ثم أمر رجلاً فيؤم الناس ثم أحلف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدكم انه يجده عظماً معيناً أو امر مائتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسل كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع وأويل حديث

مخالفة وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به قدام أهل الظاهر فانهم قالوا ان المقاضاة لا يمنع أن تقع في الواجبات أنفسها أي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفصل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وأما أولئك فزعموا أنه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الا تيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان أباه مرة قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يا رسول الله انه ليس لي قائد فيؤدني الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال : هل سمع النداء بالصلاة فقال نعم قال : فأجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الا تيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا أعرف في ذلك خلافاً وعارض هذا الحديث أيضاً حديث عتيان بن مالك المذكور في الموطأ وفيه ان عتيان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في يتي مكانا اتخذ مصلي فخافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب ان أصلي فإشارته الى مكان من البيت فصلي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يتخلو من أحد وجهين إمامان يكون صلى منفرداً وإمامان يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم بعيد منهم كل الصلوات الا المغرب فقط ومن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة بعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الأوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعي بعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على إيجاب إعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالك لم تصل مع الناس أليس رجل مسلم فقال بلى يا رسول الله ولكني صليت في أهلي فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فأخلف الناس لا حثال تخصيص هذا العموم بالناس أو بالدليل فمن حمله على عمومه أوجب عليه إعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فإنه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلو أعيدت لأشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لأنها كانت تكون بجموع ذلك ست ركعات فكانت كانت

تفضل من جنسها الى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الأوتار واتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من انه اذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الأثر لاوتران في ليلة . وأما أبو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له فلا فان أعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لهم قبل وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلا نه لم يختلف الأثر في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلقت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي وأما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى فأكثر الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد ومن قال بهذا الذول أحمد وداود وأهل الظاهر * والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الأثر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا تصلي صلاة في يوم مرتين وروى عنه انه أمر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضاً فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعداد على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معان مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذا الآثر مذهب الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فانه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا تصلي صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لا تصلي صلاة في يوم مرتين انما ذلك أن لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض . ولكنه مأثور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما هو للمنفرد أعني أن لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(وفي هذا الفصل مسائل أربع)

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في من أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أنفسهم لا أقرؤم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد يؤم القوم أقرؤم * والسبب في هذا

الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فأقدمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكريمه الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو أبو حنيفة ومنهم من فهم من الأقرأها هاتنا الألفه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضاً فان الأقرأ من الصحابة كان هو الألفه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارئاً فأجاز ذلك قوم لعموم هذا الامر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقاً وأجازة قوم في النفل ولم يجزوه في التفرضة وهو مروى عن مالك * وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسخه مقطوعاً به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسخه مقطوعاً به أعاد الصلاة المصلي وراه أبدأ وان كان مظنوناً استجبت له الاعداء في الوقت وهذا الذي اختاره الابهرى تأولاً على المذهب ومنهم من فرق بين أن يكون فسخه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب النبيذ وتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراه التأويل ولم يجزوها وراه غير التأويل * وسبب اختلافهم في هذا انه شئ مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل محبة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الى محبة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلي صلاة فاسدة كما ينهم في الشهادة أن يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسخه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين أن يكون فسخه مقطوعاً به أو غير مقطوع به لانه اذا كان مقطوعاً به فكأنه غير معذور في تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يجزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم قالوا قل يستثنى من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين أن يكون فسخه في شروط محبة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلته بحجة .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا في إمامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز أن تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشيخنا أبو ثور والطبري فأجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه أيضاً لما كانت سنتهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوزهن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام : أخروهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات في الرتبة في الصلاة مع انه أيضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن أجاز امامتها فانه ذهب الى ما رواه أبو داود ومن حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعني من اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتاً عنها في الشرع .

(قال القاضي) وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المعموعة أو ماله تعلق قريب بالمعموع . وأما أحكام الامام الخاصة به فان في ذلك أربعة مسائل متعلقة بالمعموع ، احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط ، والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام ، والثالثة اذا ارخ عليه هل يفتح عليه أم لا ، والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين .

فأما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك * وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر ، أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أمن الامام فأمنوا ، والحديث الثاني ما خرجه مالك عن أبي هريرة أيضاً أنه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قال الامام غير المضبوط عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فيؤمنص في تأمين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن للأمر المأموم بالتأمين عند الفراع من أم الكتاب قبل أن يؤمن الامام لان الامام يكافى عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به الا أن يخص هذا من أقوال الامام أعني أن يكون للمأموم أن يؤمن معه أو قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه

ليس فيه شيء من حكم الامام واعماله الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أولا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضاً أن يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله : فاذا أمن فأمنا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقديل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعنى ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنا انه لا يؤمن الامام .

وأما متى يحسب الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وزفر * وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال . أما حديث أنس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل أن يكبر في الصلاة فقال : أقموا صفوفكم وتراصوا فأتى أراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فانه روى انه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تنسبني بأمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم .

وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارغى عليه فان مالكا والشافعي وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تردد في آية فلما انصرف قال ابن أبي لم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور .

وأما موضع الامام فان قوماً أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت انه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر يعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر ، والثاني ما رواه أبو داود : ان حذيفة أم الناس على دكان فخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك أو ينهى عن ذلك .

وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن ينوي الامامة أم لا فذهب قوم الى انه ليس ذلك
بواجب عليه لحديث ابن عباس : انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بمدد خوله
في الصلاة ورأى قوم أن هذا محقق وأنه لا بد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن
المأمومين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضاً أو قهلاً عن المأمومين .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في مقام المأموم من الامام وأحكام المأموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل)
﴿ المسئلة الاولى ﴾ جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراه
واختلفوا اذا كانوا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انهما يقومان خلف الامام
وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم أن في ذلك
حديثين متعارضين، أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال : قمت عن يسار رسول الله صلى
الله عليه وسلم فاخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء
فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه،
والحديث الثاني حديث ابن مسعود : انه صلى بعلقة والاسود فقام وسطهما وأسندته الى النبي
صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده
والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة أن تنقف خلف الرجل أو الرجال ان كان هنالك
رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من
حديث أنس الذي أخرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبأمه وأخته قال
فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذي أخرجه عنه أيضاً مالك انه قال فصفت أنا واليقيم
وراه عليه الصلاة والسلام والجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين
الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في ان المرأة
الواحدة تصلى خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة
خلفه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغّب فيه وكذلك تراص الصفوف
وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا اذا صلى انسان
خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تحزى وقال أحمد وابونور وجماعة صلاته فاسدة

وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة وخالفه العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه الصلاة والسلام : لا صلاة لتأثم خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام المعجوز وجدها خلف الصف في حديث أنس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سنة النساء هي القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واجتمع الجمهور بحديث أبي بكر : انه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بإعادة وقال له : زادك الله حرصاً ولا تعد ولو حمل هذا على التدب لم يكن تعارض أعنى بين حديث وابصة وحديث أبي بكر .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل يسرع المشي الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروي عن عمرو بن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشي اذا سمعوا الإقامة وروي عن زيد بن ثابت وأبي ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة . وهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبي هريرة الثابت : اذا توب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون واتوها وعليكم السكينة ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ متى يستحب أن يقام الى الصلاة في بعض استحسنت البدء في أول الإقامة على الأصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند جى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحسد في ذلك حداً كالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وإيسر في هذا شرع منه ومع الاحديث أنى قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قمت الصلاة فلا تؤموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على أصلها المسفوعة أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل لحسن .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان رفع الامام رأسه منها ان عمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدبراً كما ذكره ذلك الشافعي وقرئ أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن

مسمود * وسبب اختلافهم في تصحيح حديث أبي بكره وهوانه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى إلى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من الساعي قال أبو بكره أنا قال: زادك الله حرصاً ولا تعد .

﴿ الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام ﴾

وأجمع العلماء على أنه يجب على المأموم أن يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله إلا في قوله سمع الله لمن حمده وفي جلوسه إذا صلى جالساً لمرض عنده من أجاز إمامة الجالس . وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فإن طائفة ذهبت إلى أن الامام يقول إذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة أخرى إلى أن الامام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وإن المأموم يتبع فيهما معاً إلا ما كسائر التكبير سواء وقد روى عن أبي حنيفة أن المنفرد والامام يقولانها جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعني أنه يقولها جميعاً * وسبب لاختلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إنما جعل الامام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد ، والحديث الثاني حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجع مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجع حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم أن يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لمعوم قوله : إنما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في ذلك أن حديث أنس يقتضي بدليل الخطاب أن الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وإن المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضي نصاً أن الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب أن يتركه أنص بدليل الخطاب فإن أنص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضي بمعومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بمعوم قوله : إنما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه أن لا يقولها فوجب أن يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف أيضاً في القوة والضعف ولذلك ليس ببعيد أن يكون بعض أدلة الخطاب

أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمري اجتهادية أعني في المأموم .

(وأما المسئلة الثانية) وهي صلاة القاعد فان خلف القاعد فان حصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على أنه ليس للصحيح أن يصلي فرضاً قاعداً اذا كان منفرداً أو اماماً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واحتفظوا اذا كان المأموم محجباً فصلى خلف امام مريض يصلي قاعداً على ثلاثة أقوال ، أحدها ان المأموم يصلي خلفه قاعداً أو ممن قال بهذا القول احمد واسحق ، والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياماً قال ابو عمرو وبن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه واهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فتالوا يصلون وراءه قياماً وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يوسئ إيماء . وروى ابن القاسم أنه لا يجوز امامة القاعد وأنه ان صلوا خلفه قياماً أو قعوداً بطلت صلاتهم . وقدرى عن مالك انهم يمسدون الصلاة في الوقت وهذا إنما ينفي على الكراهة لا على المنع والاول هو المشهور عنه * وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أعني عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أنس : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : واذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو ساجد جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فاشار اليهم ان اجلسوا فلما انصرف قال إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالساً فصلوا جلوساً ، والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي منه فأتى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستأخر أبو بكر فاشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت تجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب اني بكر فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهب النسخ ومذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان معه لأنه لا يجوز أن يكون اماماً في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وأن النبي عليه الصلاة والسلام كان جالساً فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم . وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطرت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده حتى انه ليقال أبو محمد بن حزم

انه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لقياماً ولا قعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال ابو عمرو وقد ذكر ابو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعداً فان أهم قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يؤمن أحد بعدى قاعداً قال ابو عمرو وهذا حديث لا يصح عند اهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفي مرسل وليس بحجة فيا اسند فكيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحج بمار واهر بيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة أبي بكر وقال : ماتت نبي حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه اثم باني بكر لانه لا يجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مسئلتان ، أحدهما في وقت تكبيرة الاحرام للماموم ، والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام . أما اختلافهم في وقت تكبير الماموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبرمه أجزأه وقد قيل انه لا يجوز وأما ان يكبره فلا يجوزنه وقال ابو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعي فمعه في ذلك روايتان ، إحداهما مثل قول مالك وهو الاشهر ، والثانية ان الماموم ان كبر قبل الامام أجزأه * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا كبر فكبروا ، والثاني ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثماء فظا هر هذا ان تكبيرة وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أو لا لمكان عدم الطهارة وهو أيضاً مبني على أصله في أن صلاة الماموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأقوا التكبير أو لم يستأقوه فليس ينبغي ان يحمل على أحدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يتقدم الامام إماما بالتكبير وإماما بفتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه أن يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى أن صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أما يخاف الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار .

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على أن لا يحمل الإمام عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها أن المأموم يقرأ مع الإمام فيما أسرفه ولا يقرأ معه فيما جهر به ، والثاني أنه لا يقرأ معه أصلاً ، والثالث أنه يقرأ فيما أسرأ الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط وبعضهم فرق في الجهر بين أن يسمع قراءة الإمام أولاً يسمع فواجب عليه القراءة اذ لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالأول قال مالك الا أنه يستحسن له القراءة فيما أسرفه الإمام وبالثاني قال أبو حنيفة وبالثالث قال الشافعي والفرقة بين أن يسمع أولاً يسمع هو قول أحمد بن حنبل * والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك أربعة احاديث ، أحدها قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وما ورد من الاحاديث في هذا المعنى مما قد ذكرناه في باب وجوب القراءة ، والثاني ما روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأتم منكم أحداً قالوا نعم انابار رسول الله فقال رسول الله : اني أقول مالي أنار ع القرآن فانتهي الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثالث حديث عباد بن الصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة العداة فتعلت عليه القراءة فلما انصرف قال : اني لأراكم تقرأون وراء الإمام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأمر القرآن قال أبو عمر وحديث عباد بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل بالسند صحيح ، والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من كان له امام فقرأه له قراءة وفي هذا أيضاً حديث خامس صححه أحمد بن حنبل وهو ما روى أنه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قرأ الإمام فانصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فن الناس من استثنى من التهي عن القراءة فيما جهر فيه الإمام قراءة أم القرآن فقط على حديث عباد بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب المأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الإمام في حديث أبي هريرة وكذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى

القراءة الواجبة على المصلي المأموم فقط سرّاً كانت الصلاة أوجهر أو جمل الوجوب الوارد في القراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصيراً الى حديث جابر وهو مذهب أبي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه الصلاة والسلام : واقرأ ما تيسر منك فقط لانه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعاً الا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما ينفرده قال ابو عمر وهو حديث لا يصح الامر فوعا عن جابر .

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة قطع ان صلاة المأمومين ليست تنسد واختلقوا اذا صلي بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالماً بجنبته أو ناسياً لها فقالوا ان كان عالماً فسدت صلاتهم وان كان ناسياً لم تنسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي والثاني قال ابو حنيفة وبالثالث قال مالك * وسبب اختلافهم هل حجة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام ام ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الأمر المتعمد وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكشوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بتوابع هذا الباب منحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في وجوب الجمعة وعلى من تجب ، الثاني في شروط الجمعة ، الثالث في أركان الجمعة ، الرابع في أحكام الجمعة .

﴿ الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذي عليه الجمهور لسكونها بدلاً من واجب وهو الظاهر وظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا

الى ذكر الله وذروا البيع) والا مر على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام : لينهين اقوام عن ودعهم الجمعات أو ليخفن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة * والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاته العبد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان هذا يوم جملة الله عيدا . وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائدا عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكرة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة ، وأما المختلف فيهما فهم المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وادوا بحجابه على انه تجب عليهما الجمعة * وسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في صحة الأثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا را بعة عبد مملوك أو امرأة أوصي أو مريض وفي أخرى الخمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

(الفصل الثاني في شروط الجمعة)

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعني الثانية المتقدمة ماعدا الوقت والاذان فاتفقوا عليها وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بها . أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعني وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل * والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخاري عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتفدى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقبل الا بعد الجمعة ومثل ما روى انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران إطلال فن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التكبير فقط لم يجوز ذلك لئلا تتعارض الاصول في هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وايضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار أن تحمل تلك على التكبير اذ ليست نصا في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور . وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جالس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط أو أكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل

يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى البخارى عن السائب بن زيد انه قال: كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضا عن السائب بن زيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضا عن سميد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر اذانا واحدا حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول لينها الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخارى وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى هو الاقامة وأخذ آخرون بمار واه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيها افرده * وأما شرط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلפו في مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبرى ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابى حنيفة ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعى وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدداً ولكن رأى انه يجوز بمادون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بأنهم الذين يمكن ان يتقرب بهم قربة * وسبب اختلافهم في هذا اختلافهم في اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فنذهب الى ان الشرط في ذلك هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان بمن بعد الامام في الجمع المشترط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين والامام وواحد ثان وان كان بمن لا يرى ان يعدد الامام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان أيضاً عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعدد الامام في مجملهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان بمن يعدد الامام في مجملهم وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعدد الامام في مجملهم وأما من راعى ما ينطلق عليه في الاكثر والرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنتين ولا بالاربعة ولم يحذف ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عندهم هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن

يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الاربعين فصبراً الى ما روى ان هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعاً أعني انها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان قضاء الامصارا تفقوا عليه لا تفاهمهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف في ذلك اهل الظاهر لا يحايهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسفطان مع هذا ولم يشترط العدد * وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الاربعة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله ايها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا في جماعة ومصر ومسجد جامع فن رأى أن اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً في صلاة الجمعة اشتراطها ومن رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وروى كاشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا في مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل قام جمعتان في مصر واحد أو لا قيام * والسبب في اختلافهم في اشتراط الاحوال والافعال المتقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً في ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورأى المسجد شرطاً لكونه أقرب مناسبة حتى لند اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله له له تعمق في هذا الباب ودين الله يسر ولنا نل أن يقول ان هذه لو كانت شرطاً في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذي اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

﴿ الفصل الثالث في الاركان ﴾

اشق المسامون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا . فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال أقوام انها ليست بفرض وجهاً وأصحاب مالك على

انها فرض الابن الماجشون * وسبب اختلافهم هو هل الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أولا يكون فن رأى ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من الركعتين اللتين تنصت من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها رابعة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدئ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ * من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائل يفصل احدهما من الاخرى بجلسة خفيفة بحمد الله في كل واحدة منهما قائلها ويصلى على النبي وبوصى بتقوى الله وقرأ شيئا من القرآن في الاولى ويدعو في الآخرة * والسبب في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي فن رأى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئا من الاقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى أن المجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول الاقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الاقوال الرابعة الغير مبذلة * والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها أقوال رابعة وغير رابعة فن اعتبر الاقوال الغير رابعة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الرابعة وغلب حكمها قال لا يجزئ من ذلك إلا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والا امام يخطب على ثلاثة أقوال، فمنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من أحكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء اقساموا ثلاثة أقسام فمذهبهم أجاز التشميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهم وبمذهبهم لم يجز رد السلام ولا التشميت وبمض فرق بين السلام والتشميت فقالوا

برد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز
 الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول
 الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أولاً يسمعها فان سماعها نصت وان لم يسمع جازله أن
 يسبح أو يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم يفسد
 صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من انا فصلاته ظهر أربع وانما صار الجمهور لوجوب
 الانصات لحديث أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا قلت لصاحبك ان نصت
 يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكونوا يرون أن
 هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا
 لعلكم ترحمون) أي أن ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله
 أعلم والا شبهة أن يكون هذا الحديث لم يصلهم * وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت
 العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون
 كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر
 بالسلام والتشميت أجازهما ومن استثنى من عموم الامر بالسلام والتشميت الامر
 بالصمت في حين الخطبة لم يحز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهي عن التكلم
 في الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد واحد من
 هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها
 وضعفه في الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر
 برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فن استثنى الزمان الخاص
 من الكلام العام لم يحز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة ومن استثنى الكلام
 الخاص من النهي عن الكلام العام أجاز ذلك والصواب ألا يبصار لا استثناء أحد العمومين
 بأخذ الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات
 وترجيح تأكيد كيد الامر بها والقول في تنصيل ذلك بطول ولكن معرفة ذلك بإيجاز أنه
 ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة لم يكن هنالك
 دليل على أي يستثنى من أي وقع التمانع ضرورة وهذا يبل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح
 في العمومات والخصوصات الواقعة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع أقسام النسب
 الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهي أربع عمومان في مرتبة واحدة من القوة
 وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يبصار لا استثناء أحدهما الا بدليل، الثاني مقابل

هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار إليه ولا بد أعني أن يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصاً في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثاني فهذا ينبغي أن يخص فيه العموم الضعيف، الرابع عموم في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا كله إذا تساوت الأمور فيها في مفهوم التأكيد فإن اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجببت المناسبة أيضاً بين قوة الالفاظ وقوة الأمر ولعسر انضباط هذه الأشياء قيل إن كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثور .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل ركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا ركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى أنه ركع * والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الأمر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان ركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والأمر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشئ مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الأمر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيئتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر روايته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان ركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيستطرق الى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خلفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا في الرواية عنه أم لا فنسحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك في هذا هو العمل

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفي الثانية بماذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أنك حديث العاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لانه مروى عن عمر بن عبد العزيز وأما ابو حنيفة فلم يقف فيها شيئاً * والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضى أن يكون لها سورة راتبة (قال القاضى) خرج مسلم عن

النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث العائشة قال فإذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة رابعة وإن الجمعة ليس كان يقرأ أحياناً .

* (الفصل الرابع في أحكام الجمعة) *

وفي هذا الباب أربع مسائل ، الأولى في حكم طهر الجمعة ، الثانية على من يجب من خارج المصر ، الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه إلى الجمعة ، الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .

المسئلة الأولى : اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور إلى أنه سنة وذهب أهل الظاهر إلى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أن في هذا الباب حديث أبي سعيد الخدري وهو قوله عليه الصلاة والسلام : طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت : كان الناس عمال أنفسهم فيروحون إلى الجمعة يهينهم فتيل لو اغتسلهم والأول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة أن ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس عبادة وقد روى : من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل بالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته إلا أنه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فإن قوماً قالوا لا يجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل يجب وهذا اختلفوا خلافاً كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الايمان إليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الايمان إليها على ثلاثة أميال ومنهم من قال يجب عليه الايمان من حيث يسمع النداء في الأغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذا القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب * وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك أنه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : الجمعة على من يسمع النداء وروى : الجمعة على من آواه الليل إلى أهله وهو أثر ضعيف .

وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام : من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما

قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانا قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا أن هذه الساعات هي ساعات النهار فتدبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده وقال قوم هي أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الاعلى مذهب من يرى ان الواجب يدخله القضيلة .
وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوماً قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوماً قالوا لا يفسخ * وسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا قيد بالنهي بصفة يعود فساد المنهي عنه أم لا . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

﴿ الباب الرابع في صلاة السفر ﴾

﴿ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في القصر الفصل الثاني في الجمع ﴾

﴿ الفصل الاول في القصر ﴾

والسفر له تأثير في القصر بانفاق وفي الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة وهو أن القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام إنما قصر لانه كان خائفاً . واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع . أحدها في حكم القصر . والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر . والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر . والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة .

فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رأى أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من رأى ان القصر سنة ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعني انه فرض متعين . والثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني انه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعني أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه * والسبب في اختلافهم ممارضة المعنى المقول لصيغة اللفظ المقول وممارسة دليل التعليل أيضاً للمعنى

المعقول والصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في القنطرة وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث علي بن أمية قال قلت لعمر : انما قال الله (ان خفتم أن فتنكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ففهوم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشرط الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخييف والرخصة ورفع الحرج لان القصر هو الواجب ولا أنه سنة . وأما الاثر الذي يمارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار حديث عائشة الثابت باتفاق قالت : فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأفرت صلاة السفر وزيد في صلاة الخضر واما دليل الفعل الذي يمارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل اسفاره وأنه يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه أتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فاما حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه الصلاة والسلام أتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني اما واجبا خيرا واما أن يكون سنة واما أن يكون فرضا معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يمارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يمارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجبا خيراً أو سنة وكان هذا نوعاً من طريق الجمع وقد اعتلوا الحديث عائشة المشهور عنهما من أنها كانت تم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يتم الصلاة في السفر ويصوم ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويجعل العصر ويؤخر المغرب ويجعل العشاء ويمارضه أيضاً حديث أنس وأبي نعيم المكي قال : اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يسيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في إتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضوع الاول .

وأما اختلافهم في الموضوع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها التقصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلفا كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال أبو حنيفة وأصحابه والباكونيون أقل ما تقتصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان القصر انما هو لمن صار من افاق الى افاق وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك

ان المقتول من تأخير السفر في القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعى في ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبي عليه الصلاة والسلام: ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جازله القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلاً. وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبي انما قصر لانه كان خائفاً وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسيببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة يرد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما .

واما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك متصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد ومن قال بهذا القول أحد ومنهم من اجازته في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي ومنهم من اجازته في كل سفر قرب به كان أو مباحاً ومعصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأبو ثور * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المقتول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لان النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به ، وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسألة عارض فيم اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك .

واما الموضع الرابع وهو اختلافهم في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة

فان مالكاً قال في الموطأ لا يقصر الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها نحو ثلاثة أميال وذلك عنده اقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصطفى احدى الروايتين عنه وبالقول الاول قال الجمهور * والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله

عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من ميوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم : اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين .

واما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر اذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحو من أحد عشر قولاً الا ان الأشهر منها هو ما عليه فقها على ما صار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال . أحدها مذهب مالك والشافعي انه اذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أم . والثاني مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا أزمع على إقامة خمسة عشر يوماً أم ، والثالث مذهب أحمد وداود انه اذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أم * وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا المذهب من الاحوال التي قلت عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيها مقصراً أو انه جعل لها حكم المسافر . قاله يقي الاول احتجوا المذهب بما روى انه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثاً فقص في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتصريح وانما فيه حجة على انه يقصر في الثلاثة فادونها . والقرينة الثانية احتجوا المذهب بما روى : انه أقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحو أن خمسة عشر يوماً في بعض الروايات وقدر روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً واما البخاري عن ابن عباس وبكل قال فريق . والقرينة الثالثة احتجوا بمقامه في حجة بمكة مقصراً أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان اقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النكسة التي ذهب الجميع اليها واما الاستنباط من فعله عليه الصلاة والسلام أعني متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الإقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأى واحد منهم في تلك المدة وعاقبته عن السفر انه يقصر أبداً وان أقام ماشاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلاً ان خمسة عشر يوماً التي أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبداً ينوي ان لا يقيم أربعة أيام وهذا يعني يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالمتجدد في هذا أن يسلك أحد أمرين إما أن يجعل الحكم لاكثر الزمان الذي روى عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيه مقصراً أو يجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب

ألا يزداد على هذا الزمان الأدليل أو يقول ان الاصل في هذا هو أقل الزمان الذي وقع عليه
الاجماع وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام اقام متصراً أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن
يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون اقامه بنية الزمان الذي تجوز اقامته فيه مقصراً
بإتفاق فعرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل وأقل
ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروى عن الحسن البصري
ان المسافر يقصر أبداً الا ان يقدم مصرأ من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه
حتى يقدم مصرأ من الامصار فذه أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر .

﴿ النصل الثاني في الجمع ﴾

واما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة ، أحدها جواز ، والثانية في صفة الجمع ، والثالثة في
مبيحات الجمع .

اما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر برفة سنة . وبين
المغرب والعشاء بالزدلفة أيضاً في وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا في الجمع في غير هذين
المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز ومنه
أبو حنيفة وأصحابه باطلاً * وسبب اختلافهم أولاً اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت
في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالاً والافعال ينطبق
الاحتمال اليها كثيراً أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثاً
اختلافهم أيضاً في اجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما ترى . اما الآثار التي اختلفوا في
تأويلها . فمنها حديث أنس التاب بإتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم : اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان
زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان
أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى
يجمع بينهما وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس . أخرجه مالك ومسلم قال : صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا
سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الأحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر
المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه أعاد أوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة

العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث امامة جبريل قالوا على هذا يصح حمل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الإجماع أنه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعني أن تصلي الصلواتان معاً في وقت أحدهما واحتجوا بالتأويلهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال: والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا في وقتها الاصلين جمع بين الظهر والعصر برفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضاً فهذه الآثار محفلة أن تكون على ما تأولنا ونحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبينها في الاوقات فلا يجوز أن تنتحل عن أصل ثابت بأمر محتمل . واما الأثر الذي اختلفوا في تصحيحه فإرواءه مالك من حديث معاذ بن جبل أنهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الأحاديث في إجازة الجمع لأن ظاهره أنه قدم العشاء إلى وقت المغرب وإن كان لهم أن يقولوا أنه أخر المغرب إلى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لأنه ليس في الحديث أمر منقطع به على ذلك بل لفظ الراوي محتمل . واما اختلافهم في إجازة التماس في ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة غرفة والمزدلفة أعني أن يجاز الجمع قياساً على تلك فيقال مثلاً صلاة وجبت في سفر فجاز أن يجمع أصله جمع الناس برفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا التماس لكن القياس في العبادات يضمف فذهي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع .

﴿ وأما المسئلة الثمانية ﴾ وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضاً القائلون بالجمع أعني في السفر فمنهم من رأى أن الاختيار أن تؤخر الصلاة الأولى وتصلي مع الثانية وإن جمعتاً في أول وقت الأولى جاز وهي إحدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الأمرين أعني أن يقدم الآخرة إلى وقت الأولى أو يعكس الأمر وهو مذهب الشافعي وهي رواية أهل المدينة عن مالك والأولى رواية ابن القاسم عنه وإنما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لأنه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فصيماً إلى أنه لا يرجح بالعدالة أعني أنه لا يفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى هذا أنه إذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس إذا كان رواية الحديثين عدولاً وإن كان رواية أحد الحديثين أعدل .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي الأسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على أن السفر منها . واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك أن السفر منهم من

جعله سبباً لميحه للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضرر بالسير
 ونوعاً من أنواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضرر بالسير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه
 وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجده بالسير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى
 احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعى قول ابن عمر: كان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم اذا غلب به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر
 حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع ففهم من قال
 هو سفر القرية كالخروج والنزول وهو ظاهر رواية ابن القاسم . ومنهم من قال هو السفر المباح دون
 سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب فى اختلافهم
 فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هناك التعميم لان
 القصر قتل قولاً وفعلًا والجمع انما قتل فعلاً فقط فن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من
 الاسفار . واما الجمع فى الحضر لغير عذر فان مالكا وكثرت فقهاء لا يجزونه وأجاز ذلك جماعة
 من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث
 ابن عباس ففهم من تأوله على انه كان فى مطركا قال مالك ومنهم من أخذ بعمومه مطلقاً وقد
 خرج مسلم زائدة فى حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: فى غير خوف ولا سفر ولا مطر
 وبهذا تمسك أهل الظاهر . واما الجمع فى الحضر لم يذکر المطر فاجازه الشافعى ليلاً كان أو نهاراً
 ومنعه مالك فى النهار وأجازه فى الليل وأجاز أيضاً فى الطين دون المطر فى الليل وقد
 عدل الشافعى مالكا فى نفيه من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث
 وتأوله أعنى خصص عمومهم من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس: جمع رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر رأى ذلك كان
 فى مطركا فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أعنى تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه
 وذلك شئ لا يجوز باجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله
 والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب ان مالكا رحمه الله اعتمد بعض هذا الحديث لانه عارضه
 العمل فاخذ منه ببعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع بين الحضر بين المغرب والعشاء على
 ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا
 الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلاً شرعياً فیه نظر فان متدى شيوخ المالكية كانوا
 يقولون انه من باب الاجماع وذلك لوجهه فان اجماع البعض لا يوجب به وكان متأخروهم

يقولون انه من ياب قل التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما قلته أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل والقيل لا يفيد التواتر الا ان هتزن بالقول فان التواتر طر يقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال هتيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والا شبهه عندى أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة لان أهل المدينة أحرى ان لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة اذا اقررت بالشئ المنقول ان وافته افادت به غلبة ظن وان خالفت افادت به ضعف ظن: فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا تدبرها اخبار الآحاد الثابتة فقيه نظر وعسى انها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها أمس وحى كثيرة التكرار على المكلفين كان قتلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد أمرين ، اما انها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابي المعالى وغيره . واما الجمع في الحضرة لمريض فان مالكا أباحه له اذا خاف أن يعمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعي * والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في ندى علة الجمع في السر أعنى المشقة فن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاخرى وذلك ان المشقة على المريض في افراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيرهم لم يحجز ذلك .

﴿ الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاح الخوف ﴾

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صفتها فأكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لمعوم قوله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وسئل الأئمة والخلفاء بعده بذلك وشذ أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة اخرى وحى الحارسة ركعتين أيضاً وتحرس التي قد صلت * والسبب في

اختلفهم هل صلاة النبي باحبابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمكان فضل النبي صلى الله عليه وسلم . فن رأى انها عبادة لم ير انها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام . ومن رأيها لمكان فضل النبي عليه الصلاة والسلام رأيها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والا فقد كان يمكن أن ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المقهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهب طائفة ممن فقهاء الشافعي الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك القيل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها .

وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اخلاقا كثيرا لا اختلاف الآثاري هذا الباب أعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات ، فن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عن النبي صلى الله عليه وسلم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف : أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاء العدو فصلى بالنبي معه ركعة ثم ثبت قائما وأتموا لا تقسمهم ثم انصرفوا وجاء العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالسا وأتموا لا تقسمهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي ، وروى مالك هذا الحديث بعينه عن الثوري بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان : انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة قال الشافعي أمر المسند على الموقوف ومالك أمر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعني ان لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبوع وغير مختلف عليه ، والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه واما الثوري وجماعة وخرجه أبو داود قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالنبي معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقوا بازاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لا تقسمهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبل العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لا تقسمهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال أبو حنيفة وأحبابه ما خلى أبا يوسف على ما تقدم ، والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقى قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد

فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبتا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم في الصلاة فانزل الله آية النصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبلاً القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذي يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذي يايه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعاً وهذه الصلاة صلاة هابسفان وصلاها يوم بنى سلم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبي موسى وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو احوطها بربانها ليس في هذه الصفة كبير عمل يخالف لافعال الصلاة المروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال: كنا مع سميدين العاصي بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصي هؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يتصوا شيئاً وهذا يخالف للاصل مخالفة كثيرة وخرج أيضاً عن ابن عباس في معناه انه قال : الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثوري، والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكره وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم : انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه مئياً وهم مقصرون خرجه مسلم عن جابر ، والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتسكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا اذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لا تقسم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا

رجالاً قياماً على أقدامهم أو ركباناً مستقبلي القبلة أو غير مستقبلها ومن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجماعة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم أيضاً مع هذا أشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يعضوا الركعة الا بعد خروجه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبل القبلة وغير مستقبلها وإيمان غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصل الخائف الا الى القبلة ولا يصلي أحد في حال المسابقة * وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفصل للاصول وقد رأى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وان للكلف أن يصلي ايها أحب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾

وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب ببدء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطع و يصلي جالساً وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما أو أحدهما وبومي مكانهما . واختلفوا فمن له أن يصلي جالساً أو في هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على الجلوس ولا على القيام . فأما من له ان يصلي جالساً فان قوماً قالوا هذا الذي لا يستطيع القيام أصلاً وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة وليس في ذلك نص . وأما صفة الجلوس فان قوماً قالوا يجلس متر بعاً عن الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متر بعاً عن الجلوس الى التبرع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلائله ليس من جلوس الصلاة . وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوماً قالوا يصلي مضطجماً وقوم قالوا يصلي كيفما يسر له وقوم قالوا يصلي مستقبلاً رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا إن لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستقبلاً ورجلاه الى القبلة على قدر طاقتة وهو الذي اختاره ابن المنذر .

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه الجملة تشتمل من افعال الصلاة على التي ليست اداء وهذه هي إما إعادة وإما قضاء وإما جبر لم يزد أو نقص بالسجود ففي هذه الجملة اذا ثلاثة أبواب ، الباب الاول

في الاعداء ، الباب الثاني في القضاء ، الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الاسباب التي تقتضي الاعداء وهي مفسدات الصلاة واشفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعداء عمداً كان أو نسياناً وكذلك من صلى بغير القبلة عمداً كان ذلك أو نسياناً وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعداء وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة وهنما مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها .

فنها انفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضي الاعداء من أولها اذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طر والحدث أم يبني على ما قدم من الصلاة . فذهب الجمهور الى انه لا يبني لافي حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الراف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبني لافي الحدث ولا في الراف وهو الشافعي وذهب الكوفيون الى انه يبني في الاحداث كلها وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام واناصح عن ابن عمر انه رعى في الصلاة فبني ولم يتوضأ فن رأى أن هذا القمل من الصحابي يجري مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا قياساً أجاز هذا القمل . ومن كان عنده من هؤلاء أن الراف ليس يحدث أجاز البناء في الراف فقط ولم يعمده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث أجاز البناء في سائر الاحداث قياساً على الراف ومن رأى أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد انعقد الاجماع على أن المصلي اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا قمل فيها فعلا كثيراً لم يجز البناء لافي الحدث ولا في الراف .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مروشي بين يدي المصلي اذا صلى بغير ستر أو مريته وبين السترة . فذهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شيء وأنه ليس عليه إعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للقمل وذلك انه خرج مسلم عن أبي ذر انه عليه الصلاة والسلام قال : يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخاري عن عائشة انها قالت : لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنائز وهو

بصلى . وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام اذا صلى لقريسة أو مريضة وبين السترة ولم يروا بأساً أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأساً أن يمر بين يدي المأموم ثبوت حديث ابن عباس وغيره قال : أقبلت راكباً على اتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس فررت بين يدي بعض الصفوف فزلت وأرسلت الاتان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك علي أحد وهذا عندهم مجرى مجرى المسند وفيه نظر وإنما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لما جاء فيه من الوعيد في ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فأنما هو شيطان :

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في النسخ في الصلاة على ثلاثة أقوال فتقدم كرهه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم أوجبوا الاعادة على من تنسخ وقوم فرقوا بين أن يسمع أولاً يسمع * وسبب اختلافهم رد النسخ بين أن يكون كلاماً أولاً أو لا يكون كلاماً

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اتفقوا على أن الضحك ينقطع الصلاة واختلفوا في التبسم * وسبب اختلافهم رد التبسم بين أن يلحق بالضحك أولاً يلحق به .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلفوا في صلاة الخاقن فأكثر العلماء بكرهه أن يصلي الرجل وهو خاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا أراد أحدكم الغائط فليدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الا خثان يعني الغائط والبول ولما ورد من النبي عن ذلك عن عمر أيضاً وذهب قوم إلى أن صلاته فاسدة وأنه بعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الخاقن فاسدة وذلك ما روى عنه أنه أمره بالاعادة في الوقت وبعد الوقت * والسبب في اختلافهم اختلافهم في النهي هل يدل على فساد للنهي عنه أم ليس يدل على فساد وإنما يدل على تأني من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذي يتعلق النهي به واجباً أو جائزاً وقد تمك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون . منهم من يجعله عن ثوبان . ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجزئ المؤمن أن يصلي وهو خاقن جداً قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلفوا في رد سلام المصلي عن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصري وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رد بالقول والاشارة وهو مذهب

النعمان . واجاز قوم الردف نفسه وقوم قالوا إذا فرغ من الصلاة * والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهى عنه أم لا فن رأى انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى (وإذا حينئذ بتهنئة فبما أحسن منها) الآية بإحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الردف في الصلاة ومن رأى انه ليس داخلًا في الكلام المنهى عنه أو خصص أحاديث النهي بالامر برد السلام اجازة في الصلاة قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشترق قد خالف السنة فانه قد أخبر خبيب أن النسبي عليه الصلاة والسلام : رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بإشارة .

﴿ الباب الثاني في القضاء ﴾

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة أنواع القضاء وفي شروطه . فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسي والتائم . واختلفوا في العامد والمنعم عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي والتائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأعني بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر التائم وقوله : اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فتضاها . وأما تاركها عمدًا حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وأن القضاء عليه واجب . وذهب بعض أهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك أبو محمد ابن حزم * وسبب اختلافهم في شيئين ، أحدهما في جواز القياس في الشرع ، والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالتعمد أحرى ان يجب عليه لانه غير معذور وأوجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضهما على بعض اذا حكمهما بمختلفة وانما تهاون الاشياء لم يحز قياس العامد على الناسي والحق في هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغًا وأما ان جعل من باب الرق بالناسي والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد غير معذور والاصل أن القضاء لا يجب بالمر الاداء وانما يجب بالمر مجرد على ما قال المتكلمون لان القاضي قد فاته أحد شروط التحكم من وقوع الفعل على محته وهو الوقت اذ كان شرطًا من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس

التقديم عليه لكن قد ورد بالنامى والنام وتردد العامدين أن يكون شبيهاً أو غير شبيه والله الموفق للحق . وأما المسمى عليه فإن قوماً استقوا عنه القضاء فيها ذهب وقته وقوم أوجبوا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشتراط القضاء في عدد معلوم وقالوا يقضى في الخمس فادونها * والسبب في اختلافهم ترده بين النام والمجنون فن شبهه بالنام أوجب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجنون استقط عنه الوجوب . وأما صفة القضاء فإن القضاء نوعان ، قضاء الجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . أما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه ووقته . فاما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان في صفة واحدة من القرصية . وأما اذا كانت في أحوال مختلفة ممثلى أن يذ كر صلاة حضرة في سفر أو صلاة سفرة في حضر فاختلوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، قوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وإسحاق ، وقوم قالوا انما يقضى أبداً بعسفرة كانت المنسية أو حضرة فعلى رأى هؤلاء أن ذكر في السفر حضرة بصلاة حضرة وإن ذكر في الحضر سفرة بصلاة حضرة وهو مذهب الشافعى . وقال قوم انما يقضى أبداً فرض الحال التي هو فيها يقضى الحضرة في السفر سفرة والسفرة في الحضر حضرة فن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها في الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقتضية صفة المنسية . وأما من أوجب أن يقضى أبداً حضرة فراعى الصفة في أحدهما والحال في الأخرى أعنى أنه اذا ذكر الحضرة في السفر راعى صفة المقتضية واذا ذكر السفر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الآن يذهب مذهب الاحتياط وذلك بتصور فحين يرى القصر رخصة . وأما شروط القضاء ووقته فإن من شرطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فادونها وأنه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه . وبمثل ذلك قال أبو حنيفة والثوري الا أنهم رأوا الترتيب واجتماع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لا يجب الترتيب وإن فعل ذلك اذا كان في الوقت متسع فحسن يعنى في وقت الحاضرة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه

القضاء بالآداء فاما الاثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: من نسي صلاة وهو مع الإمام في أخرى فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم يلعن الصلاة التي صلى مع الإمام وأصحاب الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصحون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فإذا فرغ منها قضى التي نسي والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام: إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث . وأما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالآداء فمن رأى أن الترتيب في الآداء على ما كان من أجل أن أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها إذا كان الزمان لا يسفل الأمر تيا لم يلحق بها القضاء لأنه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو في الفعل وإن كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين في وقت احدهما شبه القضاء بالآداء وقد رأت المالكية أن توجب الترتيب للمتضمنة من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوق المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن تسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتاً للمنسية فهو بعينه أيضاً وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان الوقت واحداً لم يبق أن يكون اتساع الواقع فيها إلا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذي يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فإنه ليس إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها إذ كان وقتاً لكليهما إلا أن يقوم دليل لترتيب وليس ههنا عندي شيء يمكن أن يجعل أصلاً في هذا الباب لترتيب المنسيات إلا الجمع عنده من سلمه فإن الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء إنما يتصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معاً فافهم هذا فإن فيه غموضاً وأظن ما يكارهه الله تعالى من ذلك على الجمع وأما صائر الجميع إلى استحسان الترتيب في المنسيات إذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فإن هذا منسوخ وأيضاً فإنه كان تركه لغيره وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه إلا أن يقال إنه إجماع فهذا حكم القضاء الذي يكون في فوات جملة الصلاة وأما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الإمام للمأموم أعني أن يفوت المأموم بعض صلاة الإمام فاما إذا فات المأموم بعض الصلاة فإن فيه مسائل ثلاثاً قواعد، أحدها متى نفوت الركعة، والثانية هل إنياه بما

فانه بعد سلام الامام اداء أو قضاء ، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك امامتي غوته الركعة فان في ذلك مسألتين ، إحداهما اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع ، والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة فسيما أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان فيها ثلاثة أقوال ، أحدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاءؤها وهو لا ، اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع أو يميز به تكبيرة الركوع وان كانت تحجز به فهل من شرطها ان ينوي بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تحجز به اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم تحجزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها ما لم يدركها قائماً وهو منسوب الى أبي هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك انه يحجز به لان بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبي * وسبب هذا الاختلاف رد داسم الركعة بين ان يدل على اتفعل نفسه الذي هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام : من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال إذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكاً للركعة والاشترك الذي عرض لهذا الاسم انما هو من قبل رده بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعاً على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ما يدل عليه الاسماء قال لا بد ان يدرك مع الامام اثلاثة الاحوال أعني القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتباراً كثيراً ما يدل عليه الاسم ههنا لان من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزءاً ومن فاته الانحناء أعاد أدرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلاً الى اختلافهم في الاخذ ببعض دلالة الاسماء أو بأكملها فالتحالف يتصور فيها من الوجهين جميعاً

وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلا ن الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعني قوله عليه الصلاة والسلام : من ادرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر * وأما اختلافهم في هل تجزئه تكبيرة واحدة أو تكبيرتان أعني المأموم اذا دخل في الصلاة والا امام را كح فسيبه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفا أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذي تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعني فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : ونحر بها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط القرض قال يجز به ان يأتي بها وحدها

وأما من أجاز أن يأتي بتكبيرة واحدة ولم ينوبها تكبيرة الاحرام فتيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخيرنية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوي تكبيرة الاحرام الا مقارنته النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعني وقوعها في أول الصلاة فن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة ومن ا كتنى بالصفة الواحدة ا كتنى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاتته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاءها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه و يعتد بالركعة ما لم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاحتجاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان أو ان يكون عن زحام وبين ان يكون في جمعة أو في غير جمعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا نخرجه وانما القرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول إن سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافاً عليه أعني ان يفعل هو فعلاً والامام فعلاً ثانياً فن رأى انه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً

عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان تبعه فقد ختلف عليه في الركعة الاولى وأما من قال إنه يتبعه ما لم ينحن في الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه ببعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اعتقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان تبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ من المسائل الثلاث الاول التي هي اصول هذا الباب وهن اثنيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء وقضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما يأتي له بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتي به بعد سلام الامام هو اداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى في الاقوال يعنون في القراءة ويبنى في الافعال يعنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعنى مذهب التتبع اقام الامام الى ركعتين يقرأ فهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثاني أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فهما بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فهما بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة يقرأ فهما بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فهما أيضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقوال لثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى في الاقوال ويبنى في الافعال لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا ادرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف في قوله انه يقضى بام القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهورة ادر كنتم فصلوا وما فاتكم فأعوا والاعنام يقتضى ان يكون ما أدرك هو أول صلاته وفي بعض رواياته ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء بوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاعنام قال ما أدرك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما أدرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف أعنى أن يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء وانفاقهم على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة فقيه دليل واضح على أن ما أدرك هو أول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحد اراءه من قال ما أدرك

فهو آخر صلاته

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ من المسائل الاول وهى متى يلزم للمأموم حكم صلاة الامام فى الاتباع فان فيها مسائل ، إحداهما متى يكون مدركا لصلاة الجمعة ، والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعنى سهو الامام ، والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ فان قوما قالوا اذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فان أدرك أقل صلى ظهر أو ربعا وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منهما ما أدرك وهو مذهب أبى حنيفة وسبب الخلاف فى هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده فى قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى أحدهما أظهر منه فى الثانى فان كان الامر كذلك كان من باب الجمل الذى لا ينتضى حكما وكان الآخر بالعموم أولى وان سلمنا انه أظهر فى أحده هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل أو الظاهر . وأما من يرى ان قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة انه يتضمن جميع هذا المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا أن يترى أن هناك اصطلاحا عرفيا أو شرعيا . وأما مسئلة اتباع المأموم للامام فى السجود أعنى فى سجود السهو فان قوما اعتبروا فى ذلك الركعة أعنى أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا فى ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيرا الى عموم قوله عليه السلام : انما جمل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك فصيرا الى مفهوم قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا فى المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للإمام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منهاراً فهو قضاء أعني فريضة وأنه ليس يجزى منه إلا الأنيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الإعادة مثل من نسي أربع سجعات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوماً قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم أتى بها وهو قول مالك وقوم قالوا يبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الإعادة وهي إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وقوم قالوا يأتي بأربع سجعات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدين وهو مذهب الشافعي * وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فنراعى في الركعات والسجعات أبطل الصلاة ومن راعاه في السجعات أبطل الركعات ماعدى الأخيرة قياساً على قضاء ما فات المأموم من صلاة الإمام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجوداً معاً في ركعة واحدة لاسيما إذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً في الفعل المكرر في ركعة ركعة أعني السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم أصحاب أبي حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب أن يراعى فيه التكرير في الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فعين نسي قراءة أم القرآن من الركعة الأولى قليل لا يعتد بالركعة وقضىها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسجود وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هنا إلا ما يجزى مجرى الأصول

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو ﴾

والسجود المنقول في الشريعة في أحد موضعين إما عند الزيادة أو النقصان اللذين يقعان في أفعال الصلاة أو أقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وإما عند الشك في أفعال الصلاة فاما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر في ستة فصول ، الفصل الاول في معرفة حكم السجود ، الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة ، الثالث في معرفة الجنس من الأفعال والأفعال التي يسجد لها ، الرابع في صفة سجود السهو ، الخامس في معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بما ذاب عنه المأموم الإمام السامع على سهوه

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا في سجود السهول هو فرض أو سنة فذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شرط صحة الصلاة و الفرق مالك بين السجود للسهول في الافعال وبين السجود للسهول في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهول الذي يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه ان سجود السهول للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل افعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فاما أبو حنيفة فحمل افعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيان الواجب كما قال عليه السلام: صلوا كما رأيتموني أصلي وأما الشافعي فحمل افعاله في ذلك على الندب وأخرجنا عن الاصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس بنوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البديل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الافعال أكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال أعني ان الفروض التي هي افعال هي أكثر من فروض الاقوال فكانه رأى ان الافعال أكثر من الاقوال وان كان ليس بنوب سجود السهول الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقه أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلاً مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لا بديل

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا في مواضع سجود السهول على خمسة أقوال فذهب الشافعية الى أن سجود السهول موضعه أبد قبل السلام وذهب الختية الى أن موضعه أبد بعد السلام و فرقت المالكية فقالت ان كان السجود للنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام و يسجد بعد السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له أبد قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهول الا في المواضع الخمسة التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان

فرضاً أتى به وإن كان ندباً فليس عليه شيء * والسبب في اختلافهم أنه عليه السلام ثبت عنه أنه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك أنه ثبت من حديث ابن بجمينة أنه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً أنه سجد بعد السلام في حديث ذى الدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السجدة - هو أغنى الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه السلام إلى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب، أحدُها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فترجح حديث ابن بجمينة قال السجود قبل السلام وأصح لذلك بحديث أبي سعيد الخدري الثابت أنه عليه السلام: قال إذا شئت أحدكم في صلاته فلم يدركم صلى أن لا تأمأر بأقضيصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فإن كانت الركعة التي صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وإن كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا بذلك أيضاً بما روى عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام

واما من رجح حديث ذى الدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بجمينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام : قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به واحتجوا أيضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمساً ساهياً وسجد لسهود بعد السلام .

واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الاحاديث على التعارض

واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع

وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس

على المواضع التي سجدها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجدها على ما سجدها فيها
فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغاية الأحكام هو ضرب
من الجمع ورفع للتمارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق
به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعني أنه قاس على السجود الذي قبل السلام
ولم يقس على الذي بعده

واما من لم يفهم من هذه الأفعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر
فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل
الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد
فيها الأثر ولم يعمده وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من
هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني لا محاب القياس وليس قصدا في هذا
الكتاب في الاكثرد كراخلاف الذي بوجه القياس كاليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت
عنها في الشرع الا في الأقل وذلك امامن حيث هي مشهورة واصل لغيرها وامامن حيث هي
كثيرة الوقوع

والمواضع الخمسة التي سبها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها انه قام من اثنتين
على ماجاء في حديث ابن بحنة، والثاني انه سلم من اثنتين على ماجاء في حديث ذى الدين،
والثالث انه صلى خمسا على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري، والرابع انه سلم من
ثلاث على ما في حديث عمران بن الحصين، والخامس السجود عن الشك على ماجاء في
حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعده واختلقوا الماذاء يجب سجود السهو ف قيل يجب
لزيادة التقصان وهو الا شهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما الأقوال والأفعال التي يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة
وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون
القرائن ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعني اذا سبها عنها في الصلاة ما لم يكن
أكثر من رغبة واحدة مثل ما يرى مالك انه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب
من أكثر من واحدة وأما القرائن فلا يجزى عنها الا انيان بها وجبها اذا كان السهو عنها

مما لا يوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الإعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض أركان الصلاة وأما سجود السهو للز يذلة فانه يقع عند الزيادة في القرائن والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيما نه فرض أو ليس بفرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لانه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا لما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة أو فريضة أو رغبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للز يذلة البسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وبنى أن تعلم ان السنة والرغبة هي عندهم من باب الندب وإنما تختلفان عندهم بالاقول والاكثر أعني في تأكيد الأمر بها وذلك راجع الى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثير أحتي ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمداً أن كانت فعلاً أو فعلت عمداً أن كانت تركاً كان حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الانتم بها وهذا موجود كثير ألاصحاب مالك وكذلك تجددهم قد اتفقوا ما خلى أهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتي التجر دأماً لكان مفسقاً آثماً فكان العبادات بحسب هذا النظر منها هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الحجر وما أشبه ذاك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناها عن مالك من إيجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا تكون فيما أحسب عنده ولا سنة بعينها وجنسها

وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام لا أعزاني الذي سأله عن فروض الاسلام: أطلع ان صدق: دخل الجنة ان صدق وذلك بعد ان قال له والله لا أزد على هذا ولا أذهب منه يعني القرائن وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلافوا فيما هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سجد بها إليها أو ليس يرجع وان رجع فترجع فقال الجمهور يرجع مالم يستوفأتم وقال قوم يرجع مالم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قيد شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدة السهو اذا كانت بعد السلام ان تشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام أن تشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقدر روى عن مالك انه لا تشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التي بعد السلام فتايت عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما تشهد فلا أخفذه من وجه ثابت * وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعني من انه عليه الصلاة والسلام تشهد يسلم وتشديه سجدة السهو بالسجدتين الاخيرتين من الصلاة فن شبهها بما لم يجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت في نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسلم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهد أو تسلم وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسلم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تسلياً وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم تشهد وهو الذي حكينا نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهده فيها نظر

﴿ الفصل الخامس ﴾

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذم مكحول فانزله السجود في خاصة نفسه * وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم والمالا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا قام مع الامام بمض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشمعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قوم يقضى ثم

يسجدو به قال ابن سيرين واستحقاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجد همام معه وان سجد بعد التسليم سجد هماً بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعي وقال قوم يسجد هماً مع الامام ثم يسجد هماً ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي * وسبب اختلاف فهم أى أولى وأخلق أن يتبعه في السجود مصاحبه له أو في آخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعهما للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعهما هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطاً في الاتباع أعني أن يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها في موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الامرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها في صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : ما لي أراكم أكثر من من التصفيق من فبه شيء في صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة ان التسييح للرجال والنساء وقال الشافعي وجماعة للرجال التسييح وللنساء التصفيق * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء بصفتهن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسييح سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تناس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمهما في الصلاة حكم الرجل ولذلك بضعف القياس وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فمن شك في صلاته فليذكر صلى أو واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يجز به التحري ويسجد سجدة في السهو وهو قول مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدة ثم يسجد سجدة ثم يسجد سجدة وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لارجوع الى يقين ولا تحرى وانما عليه السجود فقط اذا شك * والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار،

أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثاً ثم أربأ فليطرح الشك ولين على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى اثماً لا أربع كانت رغباً للشيطان خرجه مسلم ، وإثنا في حديث ابن مسعود : أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا سها أحدكم في صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فليتظر أخرى ذلك إلى الصواب ثم يسلم ثم يسجد سجدتين السهو ويتشهد ويسلم ، والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدرى كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناس في هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ومنهم من تأويل المعارض وحرفه إلى الذي رجح ومنهم من جمع الأسرين أعني جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح إلى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض .

فأما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه إلى المرجح فذاك بن أنس فإنه حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذي لم يستكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك ويستكحه وذلك من باب الجمع وتأويل حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحري هنالك هو الرجوع إلى اليقين فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها .

وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها وأسقط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبو حنيفة فإنه قال إن حديث أبي سعيد إنما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذي عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك أنه قال ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود زيادة الزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضاً كأنه ضرب من الجمع .

وأما الذي رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا إنما عليه السجود فقط وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال فهذا ما رأينا أن تثبت في هذا القسم من قسمي كتاب الصلاة وهو القول في

الصلاة المقرضة قلنصر بعد الى القول في القسم الثاني من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التي ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثاني ﴾

ولان الصلاة التي ليست بفرض على الاعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي قتل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه رأينا ان نورد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر، ركعتا العجر، والوتر، والنفل، وركعتا دخول المسجد، والقيام في رمضان، والكسوف، والاستسقاء، والعيدان، وسجود القرآن فانه صلاة ما يشغل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجنائز

﴿ الباب الاول ﴾

القول في الوتر * واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها في صفته ومنها في وقته ومنها في القنوت فيه ومنها في صلاته على الراحلة

اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المقرضة

وأما صفته فان مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقوال سلف من الصحابة والتابعين * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثاري هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة: أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة ونبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان: يصلي ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصاري أنه عليه الصلاة والسلام قال: الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن

أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأكثر من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح فن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فصيراً إلى قوله عليه الصلاة والسلام : فإذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة وإلى حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له أن يحتاج بشئ مما في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ماعدى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فإن لا بد حنيفة أن يقول أنه إذا شبهه بشئ بشئ وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به أخرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثاً وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثاً وأما مالك فإنه تمسك في هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا في إثر شفع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وإن أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة إما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وإما أن يرى أن الوتر المأمور به هو يشغل على شفع ووترانه إذا زاد على الشفع وتر صار الكل وترأ ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع وتر ويشهد لا اعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ وأى شئ يوتره وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتره ما قد صلى فإن ظاهر هذا القول أنه كان يرى أن الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أن هذا هو وتر لغيره وهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا أن ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة إلى التسع على ما روي ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر إنما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه أن قال ذلك من شرطه لانه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم وبشبهه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن سبباً قد خرج أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى إلى الوتر أبقت عائشة فأوترت وظاهره أنها كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فإنه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا

يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلبأسن وأخذ
الظم اوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم يصلي
ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشق فيه حجة على
انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى
أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يوتر بسبع اسم ربك
الاعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو أحد
والمعوذتين

واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود
ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت ما في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي
نضرة العوفي ان أباسعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل
الصبح * واحتلفوا في جواز صلاته بعد التجر فقوم ممن عوا ذلك وقوم أجازوه ما لم يصل
الصبح وبالنول الاول قل أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة وسفيان الثوري
وبالثاني قل مالك والشافعي وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك
للا تار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلي بعد الصبح كحديث أبي
بصرة المتقدم وحديث أبي حذيفة العدوي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم
ما بين صلاة العشاء الى أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الأصول ان ما بعد ذلك بخلاف
ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه اشقق عليها مثل
قوله (وأتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف
الغاية . واما العمل المخالف في ذلك للأثر فنه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبيدة بن
الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو
عن غيرهم من انصحابه خلاف هذا . وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا
معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعني انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف
لذلك في المسئلة . واما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو في ذلك خلاف عن
الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعني
خلافهم هؤلاء الذين أجازوا صلاة الوتر بعد التجر والذي عندي في هذا ان هذا من فعلهم
ليس مخالفاً للآثار الواردة في ذلك أعني في اجازتهم الوتر بعد التجر بل اجازتهم ذلك هو من
باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر

من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم في هل القضاء في العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعني غير أمر الاداء وهذا التأويل بهم أليق فان أكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم أبصر وايقضون الوتر قبل الصلاة وبعد التجر وان كان الذي نقل عن ابن مسعود في ذلك قول أعني انه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يقطن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه أبصر يصلي الوتر بعد التجر فينبغي ان تتأمل صفة النقل في ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاووس والرابع انه يصليهما وان طاعت الشمس وبه قول أبو نؤير والاوزاعي والخامس انه يوتر من الليلة الثالثة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تأكيده وقربه من درجة الفرض فنראה أقرب أو يجب القضاء في زمان أبعد من الزمان المخصص به ومن رآه أبعد أو يجب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السن ضعف عنده القضاء اذا القضاء انما يجب في الواجبات وعلى هذا يحجب اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاته وينبغي الا يفرق في هذا بين التذب والواجب أعني ان من رأى ان القضاء في الواجب يكون بامر متجدد ان يعتد بمثله في ذلك في التذب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يعتد مثل ذلك في التذب وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يقتضيه ومنه ما لاك وأجازة الشافعي في أحد قوليه في النصف الآخر من رمضان وأجازة قوم في النصف الاول من رمضان وقوم في رمضان كله * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهر او روى عنه ان آخر أمره لم يكن قنوت في شيء من الصلاة وأنه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة

وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أعني انه كان يوتر على الراحلة وهو ما يقدونه في الحجة على انها ليست بفرض اذا كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلمكان انما قام معهم على هذه المقدمة وهوان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك ان لا تصلى على الراحلة وردوا الخير بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى

أن المرء اذا أوتر ثم نام فقام يتفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وتران في ليلة خرج ذلك أبوداود . وذهب بعضهم الى أنه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التفل شفعاً وهي المسئلة التي يعرفونها بتقص الوتر وفيه ضعف من وجهين ، أحدهما ان الوتر ليس يتقلب الى النفل بتسفيحه ، والثاني ان التفل واحدة غير معروف من الشرع ونحوه هذا ولا تجوز به حوسب الخلاف في ذلك فنراعي من الوتر المعنى المقول وهو ضد الشفع قال يتقلب شفعاً اذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعي قال ليس يتقلب شفعاً لان الشفع ثل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة

باب الثاني في ركعتي الفجر

واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة لمعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولا نه قضائها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلقوا من ذلك في مسائل ، احدها في المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وقال الشافعي لا بأس أن يقرأ فيهما بأم القرآن مع سورة قصيرة وقال أبو حنيفة لا يوقف فيهما في القراءة يستحب وانه يجوز أن يقرأ فيهما المرء حز به من الليل * والسبب في اختلافهم اختلاف قراءة عليه الصلاة والسلام في هذا الصلاة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يخفف ركعتي الفجر على ما روته عائشة قالت حتى اني أقول أقرأ فيهما بأم القرآن أم لا فظاهر هذا انه كان يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وروى عنه من طريق أبي هريرة خرج به أبوداود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يا أيها الكافرون فنذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثاني اختار أم القرآن وسورة قصيرة ومن كان على أصله في انه لا تسعين القراءة في الصلاة لقوله تعالى (فقرأوا ما تيسر منه) قل يقرأ فيهما ما أحب واثنائه في صفة القراءة المستحبة فيها فذهب مالك والشافعي وأكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر * والسبب في ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة والسلام : يقرأ فيهما سرراً ولا ذلك لم تشك عائشة هل يقرأ فيهما بأم القرآن أم لا وظاهر ما روى أبو هريرة انه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ان قراءته عليه السلام فيهما

كانت جهر أو لولا ذلك ما علم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثنين قال أما اختيار الجهر ان رجح حديث أبي هريرة وأما اختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالخير ، والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وأدرك الامام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعها في المسجد والامام يصلي الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف أن يفوته الامام بركعة فليركعها خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس ووافق أبو حنيفة ما لا يفرق بين أن يدخل المسجد أولاً بدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعها خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعها أصلاً داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوماً جوزوا ركعها في المسجد والامام يصلي وهو شاذ والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومهم بحز صلاة ركعتي الفجر اذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصر على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد ما ظن انه يركع ركعة من الفريضة ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عند في النهي انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فلعلة عند انما هو أن تكون صلاة انما في موضع واحد لا كان الاختلاف على الامام كما روى عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن انه قال سمع قوم الاقامة فتناموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصلا تانما أصلا تانما قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتي الفجر اذا كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى انه فوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تنته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أي قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومهم في نارك ذلك قصداً أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصدهم لقواتها ولذلك رأى انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تمام فالسبب

في ذلك أحد أمرين ، إما أنه لم يصرح عنده هذا الأمر ، أو لم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقبعت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود ، والرابعة في وقت قضائها إذا قامت حتى صلى الصبح فإن طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريح وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال بتقضيها من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالتضاء عنهم من استحب ذلك ومنهم من خيره والا صل في قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

﴿ الباب الثالث في النوافل ﴾

واختلفوا في النوافل هل تنفى أو ترابع أو تثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة إن شاء نفي أو ثلث أو ربيع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك أنه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلاً سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال : صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام : أنه كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعده المغرب ركعتين وبعدا الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضاً من حديث عائشة أنها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثاً قالت فقلت يا رسول الله أتنام قبل أن توتر قال يا عائشة إن عيني تمام ولا ينام قلبي وثبت عنه أيضاً من طريق أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من كان يصلي بعد الجمعة فليصل أربعاً وروى الأسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يصلي من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات فن أخذ أيضاً بظاهر هذه الأحاديث جواز التنفل بالاربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على أنه لا يتنفل واحدة وأحسب أن فيه خلافاً إذا

﴿ الباب الرابع ﴾

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليها من غير إيجاب
 وذهب أهل الظاهر إلى وجوبها * وسبب الخلاف في ذلك هل الأمر في قوله عليه الصلاة
 السلام: إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أو على الوجوب فإن الحديث
 متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الأصل هو حمل الأمر المطلقة
 على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم يتقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب
 إلى الندب قال الركنان واجبتان ومن أفتح عنده دليل على حمل الأمر مهنأ على الندب
 أو كان الأصل عنده في الأمر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فإن هذا
 قد قال به قوم قال الركنان غير واجبتين لكن الجمهور إنما ذهبوا إلى حمل الأمر مهنأ على
 الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين الأحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها أن لا
 صلاة مفروضة إلا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث
 الأعرابي وغيره وذلك أنه إن حمل الأمر مهنأ على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر
 من خمس ولمن أوجبها أن الوجوب مهنأ إنما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً كالأمر
 بالصلوات المفروضة وللفقهاء أن تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولا هل
 الظاهر أن المسكن المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة
 المفروضة * واختلف العلماء من هذا الباب فمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته
 هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي يركع وهي رواية أشهب عن مالك وقال أبو
 حنيفة لا يركع وهي رواية ابن أبي نعيم عن مالك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه
 الصلاة والسلام: إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد
 الفجر إلا ركعتي الصبح فيها عامة وموان وخصوصاً، أحدهما في الزمان، والآخر في الصلاة
 وذلك أن حديث الأمر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي
 عن الصلاة بعد الفجر إلا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص
 الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب
 ذلك وقد قلنا أن مثل هذا التعارض إذا وقع فليس يجب أن يصار إلى أحد التخصيصين إلا
 بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الأمر الثابت والله أعلم فإن ثبت الحديث وجب
 طلب الدليل من موضع آخر .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغّب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام: من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه وإن التراويح التي جمع عليها عمر ابن الخطاب الناس مرغّب فيها وإن كانوا اختلفوا أيّ أفضل أمي أو الصلاة آخر الليل أغنى التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام: أفضل الصلاة صلاة تكب في بيوتكم إلا المكتوبة وقول عمر فيها والتي تنامون عنها أفضل * واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختار مالك في أحد أقواله وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود والقيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث * وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبي شيبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك أنه لا امر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة .

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وإنها في جماعة ، واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الأوقات التي تحوز فيها وهل من شرطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس في ذلك خمس مسائل أصول في هذا الباب

﴿ المسئلة الأولى ﴾ ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان وذهب أبو حنيفة والكوفيون إلى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآراء الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك أنه ثبت من حديث عائشة أنها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الأخيرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلّت الشمس ولما ثبت أيضاً من هذه الصفة في حديث ابن عباس أغنى من ركوعين في ركعة قال

أبو عمر هذان الحديثان من أصح ما روى في هذا الباب فنأخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة وورد أيضاً من حديث أبي بكر ومعمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير أنه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وحكي كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاتكم بركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلث الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرة موافقتها للقياس أعني موافقتها لآثار الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضي خرج مسلم حديث معمرة قال أبو عمر وبالجملة فأنما صار كل فريق منهم إلى ما روي عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا كله على التخيير ومن قال بذلك الطبري ، قال القاضي وهو الأولى فإن الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روي في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال أبو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فهو نكف غير مختلف لأن الاعتبار في ذلك لتجلي الكسوف فلزيادة في الركوع إنما تقع بحسب اختلاف التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروى عن العلامة بن زياد أنه كان يرى أن المصلي ينظر إلى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فإن كانت قد تجلث سجد وأضاف البهار ركعة ثانية وإن كانت لم تجلث ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر إلى الشمس فإن كانت تجلث سجد وأضاف إليها ثانية وإن كانت لم تجلث ركع ثالثة في الركعة الأولى وهكذا حتى تجلث وكان اسحاق بن راهويه يقول لا يتمدى بذلك أربع ركعات في ركعة لأنه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخياري في ذلك للمصلي إن شاء في كل ركعة ركوعين وإن شاء ثلاثة وإن شاء أربع ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة ، قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرج به مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها أنها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فأنما أخرجه أبو داود فقط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واخطوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي إلى أن القراءة فيها سراً وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق وابن راهويه يجهر بالقراءة فيها * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بفهمها وبصحتها وذلك أن مفهوم

حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سرّاً لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياماً نحو آمن سورة البقرة وقدر وى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يمت منه حرفاً وقدر وى أيضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فحررت انه قرأ سورة البقرة فن رجح هذه الاحاديث قال اقرء فيها سرّاً لمكان ما جاء في هذه الآراء واستحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة ام القرآن ورجحوا أيضاً مذهبهم هذا عار وى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: صلاة التمجيد ما عوردت فيها أيضاً احاديث مخالفة لهذه فمنها انه روى انه عليه الصلاة والسلام: قرأ في إحدى الركعتين من صلاة الكسوف بالتجيم ومنه يوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام: جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان ابن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهري مع أن حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة بما رضى واحتج هؤلاء أيضاً لمذهبهم بالقياس الشبهى فقالوا صلاة سنة فعل في جماعة تها رأوا فوجب ان يجهر فيها أصله الميذان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبري وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة التجميع اذا أمكنت ولا خلاف في هذا أعلمه بين الاصوليين .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وغير المنهي وقال أبو حنيفة لا تصلى في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهي عنها فن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى ان تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى أيضاً انها من النفل لم يجزها في أوقات المنهي وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبهها بصلاة العيد .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا أيضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي إلى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة في صلاة الكسوف

* والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة التي من أجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنها روت أنه لما انصرف من الصلاة وقد نجات الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياة أحد الحديث فزعم الشافعي أنه إنما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك أن خطبة النبي عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت إبراهيم ابنه عليه السلام

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي إلى أنه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له إذا ذأركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياة أحد أيا تموها قاعدوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصديقوا خراج البحار ومسلم فمن فهمهنا من الأمر بالصلاة فهمها معنى واحد أو هي "صفة التي فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفا لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دوارنه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو أن يحمل اسم الصلاة في الشرع إذا ورد الأمر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا أن يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعليه عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقي المفهوم في كسوف القمر على أصله والشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس بياناً لجعل ما أمر به من الصلاة فيها فوجب الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر بن عبد البر أنه روى عن ابن عباس وعثمان أنه صلى في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى اجتناس القياس عندهم لأنه قياس العلة التي نص عليها لكن لم يرهذاً مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة إن صلى للزلزلة فقد أحسن والأفلا حرج وروى ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف .

﴿ الباب السابع في صلاة الاستسقاء ﴾

أجمع العلماء على أن الخروج إلى الاستسقاء والبروز عن المصير والدعاء إلى الله تعالى والتضرع إليه في نزول المطر سنة سنهارسول الله صلى الله عليه وسلم واختلّفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج إلى الاستسقاء إلا أبا حنيفة فإنه قال ليس من سنة الصلاة * وسبب الخلاف أنه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقرآن ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرّجه البخاري ومسلم وأما الأحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرّجه مسلم أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشي وتقطعت السبل فذبح الله فذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فطروا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرّجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأمر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعمى أنه خرج إلى المصلى فاستسقى ولم يصل والمجّة للجمهور وأنه من لم يذكر شيئاً فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندى فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لا أنها ليست من سنته كما ذهب إليه أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضاً من سنته لورود ذلك في الآثار قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلّفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لا خلاف إلا تارفي ذلك فرأى قوم أنها بعد الصلاة قياساً على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه تأخذ * قال التميمي وقد خرج ذلك أبو داود ومن طرق ومن ذكر الخطبة فذكرها في علمي قبل الصلاة وافقوا على أن القراءة فيها جهر * واختلّفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين * وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين

وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى فيها ركعتين كما يصلي في العيدين واتفقوا على أن من سئها ان يستقبل الامام القبلة واقفا ويدعو بحول رداءه رافعا يديه على ما جاء في الآثار واختلقوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجلس ماعلى عيئه على شماله وماعلى شماله على عيئه وقال الشافعي بل يجلس أعلاه أسفله وماعلى عيئه منه على يساره وماعلى يساره على عيئه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم: خرج إلى المصلى يستسقي فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجلس الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضاً في حديث عبد الله هذا أنه قال استسقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها في جعله أعلاها فلما قامت عليه قلبها على عاتقه

وأما متى يفعل الامام ذلك فإن مالكا والشافعي قالوا يفعل ذلك عند التبراغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضاً عن مالك وكلهم يقول انه اذا حول الامام رداءه قائماً حول الناس اردتهم جلوساً لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعدو بعض أصحاب مالك فإن الناس عندهم لا يحولون اردتهم يتحول الامام لانه لم يستل ذلك في صلته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيدين الأبا بكر ابن محمد بن عمر بن حزم فإنه قال ان الخروج اليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب الثامن في صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنها بلا أذان ولا إقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح الاقاويل له أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الاماروى عن عثمان بن عفان انه أخر الصلاة وقدم الخطبة لثلاثين مرة قبل الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضاً على انه لا توقيت في التراءة في العيدين وأكثرهم استحباب أن يقرأ في الأولى بسبح وفي الثانية بالعاشية لتوارد ذلك عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي القراءة فيها بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة
 ثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام * واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في
 التكبير وذلك انه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحو أن اثني عشر قولاً الا اننا ذكرنا ذلك
 المشهور الذي يستند الى صحابي أو سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الاولى من
 ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من
 السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال
 أبو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثاً بعد تكبيرة الاحرام برفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم
 يكبر راكعاً ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم
 كبر ثلاث تكبيرات برفع يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع يديه وقال قوم فيها تسع في كل ركعة
 وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال
 الثخمي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك
 رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر انه قال شهدت الانخى والقطر مع أبي هريرة فكبر في الاولى
 سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على
 هذا وهذا الاثر بعينه أخذ الشافعي الا انه ناول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما
 ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبهه أن يكون مالك انما أصره أن يعد تكبيرة الاحرام في
 السبع وبعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ان العمل انما عفى ذلك فكانه عنده وجه
 من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج أبو داود معنى حديث أبي هريرة مرفوعاً عن عائشة
 وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الانخى والقطر قال أبو موسى كان يكبر أربعاً على
 الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في "بصرة حين كنت عليهم
 وقال قوم بهذا وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك
 انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وأما صار الجميع الى الاخذ
 بما قول الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء * ومعلوم
 أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف الا لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع
 اليدين عند كل تكبيرة فذهب منهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم يرفع الا في
 الاستفتاح فقط ومنهم من خير * واختلفوا في نجس عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة
 فمالت طائفة بصلها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال

الشافعي انه يصلها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في ينهنا وقال أبو حنيفة وأصحابه انما تحب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الامصار والمدائن وروى عن علي أنه قال: لا الجمعة ولا تشرى الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال: لا صلاة فطر ولا أضحي على مسافر * والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الاصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى ثبت استثناءه من الخطاب ، قل القاضي قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه الحياء لها كاختلافهم في صلاة الجمعة من اثلاثة الاميال الى مسيرة اليوم التام وانفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يأمرهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من القدر وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في عادة ثاني العيد وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق قال أبو بكر بن المنذر وبه قول حديث رويناه عن النبي عليه الصلاة والسلام: انه أمرهم أن يفطروا إذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي خرجه أبو داود الا أنه عن تخابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يحزى العيد عن الجمعة قال قوم يحزى انيسد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا انصرف فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلى وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع واه مالك في الموطن وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالسكف مخاطب بها جميعاً العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا يتوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الاصل الا أن ثبت في ذلك شرع بحج المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلا نه رأى أن مثل هذا ليس هو بالرأى وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج

وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدلها لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جداً الا أن ثبت في ذلك شرع بحج المصير اليه * واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلى أو بآؤ به قال أحمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبير دو يحجر كجهره وبه قال الشافعي

وأبو نؤر وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى أربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فن قال أبو بصير بها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فصيراً الى أن الاصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء فلا نرى أنها صلاة من شرط الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعاً اذ ليست هي بدلاً من شيء وهذا ان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعني قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الاقوال في ذلك فضعيف لا معنى لها لأن صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلاً من شيء فكيف يجب أن تناس احدهما على الاخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من قننته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لانه اذا قاته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب * واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها للجمهور على أنه لا يتنفل لاقبلها ولا بعدها وهو مروى عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وهو مروى أيضاً عن ابن مسعود وقرئ قوم بين أن تكون الصلاة في المصلى أو في المسجد وهو مشهور مذهب مالك * وسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وتردها أيضاً من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولاً لا يكون ذلك حكماً فمن رأى أن ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها لا ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلها قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا صليت في المسجد كونه دليل العمل بمعارض في ذلك القول أعني انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له ان لا يركع تشبهاً بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المنسذوب ولا من باب المكروه وهو أقبل اشتباهاً ان لم يتناول اسم المسجد المصلى

واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى
ولتكملوا العدة ولتكبروا لله على ما هداكم قال جمهور الملبء يكبر عند القدو إلى الصلاة
وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وأسحق
وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر إذا رآوا الهلال حتى يفتدوا إلى المصلي وحتى يخرج
الإمام وكذلك في ليلة الأضحي عند من لم يكن حاجاً وروى عن ابن عباس إنكار التكبير
جملة إلا إذا كبر الإمام وانفقوا أيضاً على التكبير في أدبار الصلوات أيام الحج واختلفوا في
توقيت ذلك اختلافاً كثيراً قال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر
أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى
صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة أن
يكبر الإمام في الأمصار برب صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة
فاختلفوا في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال * وسبب اختلافهم في ذلك هو
أنه تأملت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من
بعدهم والاصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطب وان
كان المتسبب به أولاً أهل الحج فإن الجمهور رأوا أنه يوم أهل الحج وغيرهم ونقل ذلك بالعمل
وان كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لأنهم كلهم أجمعوا
على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير برب الصلوات في هذه الأيام إنما هو لمن صلى في
جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الأيام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثاً الله أكبر
الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على
كل شيء قدير وروى عن ابن عباس أنه يقول الله أكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة
ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت * والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في
ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم إلا كثر وهذا هو السبب في
اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك وأجمعوا على أنه
يستحب أن يفطر في عيد الفطر قبل القدو إلى المصلي وإن لا يفطر يوم الأضحي إلا بعد
الانصراف من الصلاة وأنه يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مضى عليها الثبوت ذلك من
فعله عليه الصلاة والسلام.

﴿الباب التاسع في سجود القرآن﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول ، في حكم السجود ، وفي عدد السجودات التي هي عزائم أعني التي يسجد لها ، وفي الاوقات التي يسجد لها وعلى من يجب السجود ، وفي صفة السجود .

فاما حكم سجود التلاوة فان أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مستنون وليس بواجب * وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى (اذا نسلى عليهم آيات الرحمن خر واسجدوا بكميا) هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فابو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعي اتبعوا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم أقدم بفهم الاوامر الشريعة وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأه ثانية الناس للسجود فقال على رسلك ان الله لم يكتبها علينا الا ان نشاء قالوا وهذا بمحض الصحابة فلم ينتل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم بعزى الشرع وهذا لما يحتج به من يرى قول الصحابي اذ لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة اخج فلم يسجد ولم تسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روي عن علي بن عبد الله الصلابة والسلام : انه لم يسجد في الفصل وباروى انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضي ان لا يكون السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد وأما أبو حنيفة فنفى ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب والاخبار التي تنزل منزلة الاوامر وقد قال أبو المعالي ان احتجاج أبي حنيفة بالآوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضي وجوبه متيذا وهو عند القراءة أعني قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تحجب عند قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة واذ لم يحجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولا في حنيفة ان يقول تدأجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الامر وذلك في أكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيدا بالتلاوة أعني عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد

وليس الامر في ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود آخر وأيضاً فان النبي عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها أعني انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر في الوجوب عليه

وأما عدد عزائم سجود القرآن فان ما لـسكا قال في الموطا الامر عندئذ ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء وقال أصحابه، وأهل خاتمة الاعراف، وثانيها في الرد عند قوله تعالى بالتعد والاصال، وثالثها في التحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون، ورابعها في بني اسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعاً وخامسها في مريم عند قوله تعالى خر واسجداً وبكيا وسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى ان الله يفعل ما يشاء، وسابعها في الفرقان عند قوله وزادهم قورا. وثامنها في التمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم، وتسابعها في الم تنزيل عند قوله تعالى، وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالى وخررا كما وأنا ب، والحادية عشرة في حم تنزيل عند قوله تعالى ان كنتم إياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يستمرون وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرار باسم ربك ولم يرف في ص سجدة لأنها عند من باب الشكر وقال أحمد في خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة في اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي هي كل سجدة جاءت بلفظ الخير * والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذهب التي اعتمدوها في تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع أما الذين اعتمدوا العمل فالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدة التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخير وهي . سجدة الاعراف . والتحل . والرد والامراء . ومريم . وأول الحج . والفرقان . والتمل والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجدة التي جاءت بصيغة الخير وهي التي في ص وفي الانشقاق وبسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهي التي في النجم وفي الثانية من الحج وفي اقرار باسم ربك

وأما الذين اعتمدوا السماع فاتهم صار والى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده في الانشقاق وفي اقرار باسم ربك وفي النجم خرج ذلك مسلم وقال الاثرم سئل أحمدكم في الحج من سجدة قال سجدتان وصح حديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلي قال القاضي خريجه أبو داود وأما الشافعي فانه

انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري ان النبي عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فنهى الناس للسجود فقال انما هي توبة نبي ولكن رأيكم تشيرون للسجود فزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لا يبيح حنيفة في قوله بوجوب السجود لانه على ترك السجود في هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها من السجودات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجوز دليل الخطأ وقد احيى بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال أبو عمر وهو منكرا لان أباهر ردة الذي روى سجوده في المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام في والنجم

وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فنع قوم السجود في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذاهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الاوقات ومنع مالك أيضاً ذلك في الموطأ لانها عند من النفل والنفل ممنوع في هذه الاوقات عند روى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلي في هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع

واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القاري في صلاة كان أو في غير صلاة واختلفوا في السماع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الزجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين أحدهما اذا كان قد ليسمع القرآن والاخر أن يكون القاري يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القاري ممن لا يصلح للإمامة اذا جلس اليه

وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القاري كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة وأما اذا كان في الصلاة فانه يكبر قولاً واحداً .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

﴿ كتات أحكام الميت ﴾

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست مجلد
الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده الثانية في غسله الثالثة في تكفينه
الرابعة في حمله واتباعه ، الخامسة في الصلاة عليه ، السادسة في دفنه .

﴿ الباب الأول ﴾

و يستحب أن يلتمس الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام ، لقنوا
موتاكم شهادة أن لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلقوا في
استحباب توجيهه الى القبلة فرأى ذلك نوم ولم يرد آخرون وروى عن مالك انه قال في
التوجيه ماهومن الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه أنكر ذلك ولم يرد ذلك عن
أحمد من الصحابة ولا من التابعين أعني الامر بالتوجيه فذاقضى الميت غمض عينه
و يستحب تعجيل دفنه لورود الآتار بذلك الا انه يرق فانه يستحب في انذهب تأخير دفنه
مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تبين حياته قال القاضي واذا قيل هذا في الفريق فهو أولى في
كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطرق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند اطباء
حتى لقد قال الاطباء ان المسكوتين لا ينبغي أن يدفنوا الا بعد ثلاث .

﴿ الباب الثاني في غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة . منها في حكم الغسل ، ومنها في من يجب غسله من الموتى ومن
يجوز أن يغسل وما حكم الغسل ومنها في صفة الغسل .

﴿ الفصل الأول ﴾

فأما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على النكفاية واقتولان كلاهما
في المذهب والسبب في ذلك انه قل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب
أولاً تفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلها ثلاثاً

أو خمساً و بقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل
لا يخرج الأمر به لم يقبل بوجوبه ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة قال بوجوبه .

(الفصل الثاني)

وأما الاموات الذين يجب غسلهم فاتهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في
معتك حرب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فاما
الشهيد أعني الذي قتله في المعترك المشركون فإن الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أمر قتلى أحد فدفنوا بئياتهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن
المسيب يقولان يغسل كل مسلم فإن كل ميت يجب ولعلمهم كانوا يرون أن ما فعل يقتل أحد كان
لموضع الضرورة أعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن
العنبري وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقتل قد غسل عمر وكفن وحنط
وصلى عليه وكان شهيداً برحمته الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب المشركين
لا يغسل في الشهداء من قتل الاصوص أو غير أهل الشرك فتان الاوزاعي وأحمد وجماعة
حكمهم حكم من قتله أهل الشرك وقال مالك والشافعي يغسل * وسبب اختلافهم هو هل
الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدي الكفار فمن رأى أن سبب
ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام أنه شهيد
ممن قتل ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم وأما غسل المسلم
الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يهره إلا أن يخاف ضياعه
فيؤاخره وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال أبو ثور وأبو
حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى أن
النبي عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لمات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب
العبادة أو من باب النظافة فإن كانت عبادة لم يحز غسل الكافر وإن كانت نظافة جاز غسله .

(الفصل الثالث)

وأما من يجوز أن يغسل الميت فاتهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون
النساء واختلفوا في المرأة تموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما يكونان وجين على

ثلاثة أقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم يمس كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس به وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الأمر أو الأمر على النهي وذلك ان الغسل مأمور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهي عنه فن غلب النهي تغليبا مطلقا أعنى لم يمس الميت على الحي في كون طهارة التربة بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا يمس ومن غلب الأمر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعنى غلب الأمر على النهي تغليبا مطلقا ومن ذهب الى التيمم فلا نه رأى انه لا يلحق الأمر والنهي في ذلك تمارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك أن يمس الرجل المرأة في يديها وجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وأن تيمم المرأة الرجل الى المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت الميت من الغسل الى التيمم عندهم قال به هي تمارض الأمر والنهي فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها المحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فاما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة فمرة قال يمس كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق في ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوى المحارم ثلاثة أقوال أشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب، والثاني انه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن يمسه مثل قول الجمهور في غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعنى يغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فبسبب المنع ان كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالأجانب سواء * وسبب الإباحة انه موضع ضرورة وهم أعذر في ذلك من الأجانب * وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء أغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء محجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فن شبهه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل لمن النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعاء أبو حنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت إحدى الأخنتين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك

حلت الا ان يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاخيرين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تنسل زوجها واختلوا في الرجعية فروى عن مالك انها تنسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم لا تنسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أولا ينظر اليها وأما حكم الفاسل قاتهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك أن أباه روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: من غسل ميتا فليغتسل، ومن حملة فليتوضأ أخرجه أبو داود وأما حديث أسماء قاتها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فمألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت اني صائمة وان هذا يوم شديد البرد فبل على من غسل قالوا لا وحديث أسماء في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشيء يحتمل أن يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعي رضى الله عنه على عادته في الاحتياط والاتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن ثبت حديث أبي هريرة .

﴿ الفصل الرابع في صفة الغسل ﴾

وفي هذا الفصل مسائل، احداها هل يزرع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت يزرع ثيابه وتستعورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يغسل في قميصه * وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين أن يكون، خاصا وبين أن يكون سنة فن رأى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عرابنا لا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهي لانه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تزرعوا القميص وقد أتى عليهم النوم قال الأفضل ان يغسل الميت في قميصه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعي يوضأ وقال مالك ان وضئ

فحسن * وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للآثر وذلك ان القياس يقتضي الاضواء على الميت لان الوضوء مطهرة ومفروضة لموضع العبادة واذا استقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذي هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخاري ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التي فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقتضي على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطاوعا من غير ذكر وضوء فيها فهو لاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس لا في هذا النوضع والشافعي جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجبوه ومنهم من استحسنته واستحبه والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أي وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حدأقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحدألا أكثر وهو الشافعي ومنهم من حدألا أكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ومن قال بأسعجاب الوتر ولم يحد فيه حدألا مالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للآثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضي التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض روايته أو سبعا أو مائتين على الحي في الطهارة فيقتضي ان لا توقيت فيها كما ليس في طهارة الحي توقيت فمن رجح الآثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الآثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب

وأما الذين اختلفوا في التوقيت فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فأما الشافعي فانه رأى أن لا ينقص عن ثلاثة لانه أقل وترنطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام: أو أكثر من ذلك ان رأيتن وأما أحد فآخذ بأكثر وترنطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أو سبعا

وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضاً فإن الوتر

الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الاولى بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلقوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا قيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلقوا في العدد الذى يجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث قليل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعا وأجمعوا على أنه لا يزداد على السبع شئ واختلقوا في تغليم أظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم تغلم أظفاره و يؤخذ منه وقال قوم لا تغلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر * وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع في ذلك في الصدر الاول ويشبهه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس الميت على الحى فن قاسه أوجب تغليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق وكذلك اختلقوا في عصر بطنه قبل أن يغسل ففهم من رأى ذلك . ومنهم من لم يره فن رآه رأى أن فيه ضربا من الاستفتاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحى ومن لم يرد ذلك رأى أنه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحى في ذلك بخلاف الميت .

الباب الثالث في الاكفان

والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قبض ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليلي بنت قائف التثنية قالت كنت فممن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقونم الدرع ثم الخمار ثم المحفة ثم أدرجت بعد في اثواب الآخرة قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معهما كفانها يتناولانها وباتوا بفن العلماء من أخذ بظاهرهذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب وبه قال الشافعى وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أثواب ورأى مالك أنه لا حد في ذلك وأنه يجزئ ثوب واحد ففهما إلا أنه يستحب الوتر * وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فن فهم منهما الا باحة لم يلبس بوقيت إلا أنه استحب الوتر لا تغاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكأنه فهم منهما الا باحة الا في التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبة للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا باحة قال بالتوقيت إمام على

جهة الوجوب وإما على جهة الاستحباب وكله واسع إن شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بمخمة فكأنوا إذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه وإذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجملوا على رجليه من الأذخر واخفوا على أن الميت يغطي رأسه ويطيب الأحرار إذا مات في أحراره فاتهم اختلقوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة الحرم بمنزلة غير الحرم وقال الشافعي لا يغطي رأس الحرم إذا مات ولا يمس طيباً * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص

فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل وقصته راحلته فأت وهو محرم فقال كفنه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمر وأرأسه ولا تتركه طيباً فإنه يبعث يوم القيامة طيباً

وأما العموم فهو ما ورد من الأمر بالتسل مطلقاً فنخص من الأموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء يقتل أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطي رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب بمذهب الجمع لامذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الأعرابي خاص به لا يعدى إلى غيره.

* (الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة) *

واختلفوا في سنة المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة إلى أن من سنتها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم أن المشي خلفها أفضل * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسل المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بمارو وعان على بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبدي قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو أخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال إن فضل المشي خلفها على المشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وأنهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضي الله عنه أنه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فاعلمها موعظة وذكرة وعبرة وباروى أيضاً عن ابن مسعود أنه كان يقول سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبه عن النبي

صلى الله عليه وسلم : قال الزاكب عشي أمام الجنازة والمائش خلقها وأمامها وعن يمينها وبسارها قريباً منها وحديث أبي هريرة أيضاً في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الأحاديث صارت إليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم وأكثر العلماء على أن القيام إلى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنازة ثم جلس وذهب قوم إلى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا رأيتم الجنازة فتوموا إليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا أن القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك أنه روى النسخ وقام على قبر ابن المكنف فقيل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لا خينا قياماً على قبره .

﴿ الباب الخامس في صلاة الجنازة ﴾

وهذه الجملة تتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها في صفة صلاة الجنازة . والثاني على من يصلي ومن أولى بالصلاة ، والثالث في وقت هذه الصلاة ، والرابع في موضع هذه الصلاة ، والخامس في شروط هذه الصلاة .

الفصل الأول

فأما صفة الصلاة فاتها يتعلق بها مسائل

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الأول اختلاف كثير أم ثلاث إلى سبع أعني الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على أن التكبير في الجنازة أربع إلا ابن أبي ليلى وجابر بن زيد قنهمما كانا يقولان أنها خمس * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي التجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم إلى المصلى فصنف بهم وكبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضاً من أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنازة أربعاً

وأنه كبر على جنازة محمداً فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنازة أربعاً وخمسة وستة وسبعاً وعثمانياً حتى مات النجاشي فصنف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لأئمة الجعم وروى أجمع العلماء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فقل قوم يرفعون وقال قوم لا يرفعون وروى الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فن ذهب إلى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع إلا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالأول لأنه كله يفعل في حال القيام والاستواء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة ليس فيها قراءة أعماه الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمسؤول به في بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبير الأولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرأ بعد التكبير الأولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قول أحمد وداود وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضاً اسم الصلاة صلاة الجنازة أم لا اما العمل فهو الذي حكاه مالك عن يده وأما الأثر فإرواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا أنه السنة فن ذهب إلى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم: لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتاج لذلك مالك بقوله الأثر حتى يقل فيها دعاء وعليه الصلاة والسلام على الجنازة ولم ينقل فيها أنه قرأ على هذا فتكون تلك الآثار كانهما معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن أبي امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبار الصحابة وعلمائهم وأبناء الذين شهدوا بدر أن رجلاً من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة في الصلاة على الجنازة أن يكبر الإمام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبر به أبو امامة من ذلك لمحمد بن سويد القهري فقال وأنا سمعت الفضحك بن قيس يحدث

عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنازة بمثل ما حدثك به أبو امامة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في التسليم من الجنازة هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة * وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي * وسبب اختلافهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنازة على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال ثنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فذه سنة وان كانت فرضا فذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجبر فيها أولا يجبر بالسلام .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرأ كان أو أثنى وقال قوم آخرون يقوم من الاثنى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والاثنى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي نساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا أبا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلماء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنازة كبرأر بها وقام على جنازة المرأة فقامك منها ومن الرجل متامك منه قال نعم فاختلف الناس في المنه من هذه الافعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الاوضاع اشرع وانه يدل على التحديد وهو لاءة سمو اقمهين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على محتمة فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الاصل أن حكمهما واحد الا أن ثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تارض أصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا علم له من جهة العلم في ذلك مسند الأما روى عن ابن مسعود من ذلك ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في ترتيب جنازة الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة

فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أى النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث انه يصلى على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات * وسبب الخلاف ما يغلّب على الظن باعتبار أحوال الشرع من انه يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلاً وانه لو كان فيها شرع لعين للناس وانما ذهب الاكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما واه مالك في الموطأ من أن عثمان ابن عفان وعبد الله بن عمر وأبهريرة كانوا يصلون على الجنائز بالدينسة الرجل والنساء معاً فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبهريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك او امر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام أخرهن حيث أخرهن الله وأمان قال بتقديم النساء على الرجال فيشبهه أن يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام

وأمان فرق فاحتياطاً من أن لا يجوز ممنوعاً لانه لم يرد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الاباحة ويحتمل أن يكون ممنوعاً بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلاً

المسئلة السادسة ❦ واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا ومنها هل يقضى ما فاته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى اشهب عن مالك انه يكرأول دخوله وهو أحد قولى الشافعي وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكرألامام وحينئذ يكرأوى راية ابن القاسم عن مالك والفياس التكبير قياساً على من دخل في المقرضة واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعي على أنه يقضى ما فاته من التكبير الآن أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعي يريان أن يتضيه نفساً وانما اتفقا على القضاء لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام: ما در كنتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا العموم يقتال التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ومن أخرج الدعاء من ذلك اذا كان غير مؤقت قال يقضى التكبير فقط اذا كان هو المؤقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك

العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهو لا يبايخصه .
 ﴿ المسئلة السابعة ﴾ واختلوا في الصلاة على القبرين فأنته الصلاة على الجنائز فقال مالك لا يصلى على القبر وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر إلا الولي فقط إذا فأنته الصلاة على الجنائز وكان الذي صلى عليها غير وليها وقال الشافعي وأحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فأنته الصلاة على الجنائز واتفق القائلون بإجازة الصلاة على القبر أن من شرط ذلك حدوث الدفن وهو لا يبايخصه في هذه المدة وأكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر أما مخالفة العمل فإن ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأته قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة بأثرنا من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل روي الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع وأما البخاري ومسلم فروا بذلك من طريق أبي هريرة وأما مالك فخرجه مسنداً عن أبي أمامة ابن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعي وأما أبو حنيفة فنهجى في ذلك على عاتقه فيما أحسب أعنى من رد أخباره إلا أحاديثاً التي نعم بها البلوي إذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خبراً شأناً لا تتشاور به بنوهم الخير وتخرجه عن غلبة الظن بصدقه إلى الشك فيه أو إلى غلبة الظن بكذبه أو نسخة قال القاضي وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في رجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذي يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا أنهم من جنس واحد .

﴿ الفصل الثاني فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم ﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على إجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله وفي ذلك أمر الله قال عليه الصلاة والسلام صلوا على من قال لا إله إلا الله وسواء كان من أهل الكبار أو من أهل البدع إلا أن ما سكا كره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلى الإمام على من قتله حداً * واختلوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم أنه لا يصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبار ولا على أهل البنى والبدع * والسبب في اختلافهم في الصلاة أما في أهل البدع فلا اختلاف في تكفيرهم بيدعم من كفرهم بالتأويل البديع الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم إذا كان الكفر عنده أعم هو تكذيب الرسول

لا تأويل أفواهه عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وإنما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تليظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تم على قبره) الآية وإنما اختلفوا في أهل الكباثر فليس يمكن أن يكون له سبب إلا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فذلك ليس ينبغي أن يمنع التعماء الصلاة على أهل الكباثر

وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وإنما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حد لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ما عثر ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وإنما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أي أن يصلى على رجل قتل نفسه فن صحح هذا الأثر قال لا يصل على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وإن كان من أهل النار كما ورد به الأثر لكن ليس هو من المخدنين لكونه من أهل الإيمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : أخرجوا من النار من في قلبه مثقال حبة من الإيمان واختلفوا أيضا في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصل على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل وقال أبو حنيفة يصل عليه ولا يغسل وسبب اختلافهم اختلاف الأثر أنوارودة في ذلك وذلك أنه خرج أبو داود من طرق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بآياهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسند أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يم وروى أيضا ذلك من مسند ابن عباس حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضا أن أعرابيا جاءه سهم فوقع في حائطه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهدا في سبيلك فقتل شهيدا أو أنا شهيد عليه وكلا الفرقتين رجح الأحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تمتل بحديث ابن عباس هذا وتقول روى ابن أبي الزناد وكان فداختل آخر عمره وقد كان شعبة يعمن فيه .

وأما المراسيل فليست عتدم بحجة واختلفوا متى يصل على الطفل فقال مالك لا يصل على انطقل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصل عليه إذا نفخ فيه الروح وذلك أنه إذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك أنه روى الترمذي عن جابر بن

عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: الطفل لا يصلي عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخاً وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة أنه قال: الطفل يصلي عليه من ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر قالوا يجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلي عليه إذا استهل صارخاً ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن الاعتبار في الصلاة هو حكم الإسلام والحياة والطفل إذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حتى إذا مات صلى عليه فخرجوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذو وقال لا يصلي على الأطفال أصلاً وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام، لم يصل على ابنه إبراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه أنه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفو في الصلاة على الأطفال المسيبيين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الحريتين لا يصلي عليه حتى يعقل الإسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه الآن يسلّم الأب فهو تابع له دون الأم ووافقه الشافعي على هذا إلا أنه أن أسلم أحد أبويه فهو عنه تابع لمن أسلم منهما لا للأب وحده على ما ذهب إليه مالك وقال أبو حنيفة يصلي على الأطفال المسيبيين وحكمهم حكم من سبهم وقال الأوزاعي إذا ملككم المسلمون صلى عليهم يعني إذا سبوا في السبي قال وهذا جرى العمل في الثغر وبه افتيا فيه وأجمعوا على أنه إذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم إن حكمهم حكم آبائهم * والسبب في اختلافهم اختلافهم في أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك أنه جاء في بعض الآثار أنهم من آبائهم أي إن حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة إن حكمهم حكم المؤمنين

وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجأزة قليل الولي وقيل الوالي من قال الوالي شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التي الوالي بها الحق مثل موارثته ودفنه وأكثر أهل العلم على أن الوالي بها أحق قال أبو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن علي سعيد بن العاصي وهو والي المدينة ليصلي على الحسن بن علي وقال لولا أنها ستة ما تقدمت قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على أنه لا يصلي إلا على الحاضر وقال بعضهم يصلي على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده . واختلفو أهل يصلي على بعض الجسد والجمهور على أنه يصلي على أكثره لتناول اسم الميت له

ومن قال انه يصلى على أمله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض على الحياة وكان من مجزى الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التي ورد النهى عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهانا أن نصلى فيها وأن نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فقط و يصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس و بعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة التي ورد النهى عن الصلاة فيها به قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان النهى عندها ما هو خارج على التوافل لا على السنن على ما تقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد * وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة أنما حديث عائشة فزارواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتدعوه فأنكر الناس عليها ذلك فنالت عائشة ما أسرع مانس الناس ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء الا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صلى على جنازة في المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتغالهم بعمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد بذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بنى آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعى ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنازة في المقابر للنهى الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعوم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً .

﴿ الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة ﴾

وانفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة واختلقوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلي لها اذا خاف القوات وبه قال أبو حنيفة وسفيان والاولا زاعى وجماعة وقال مالك والشافعى وأحمد لا يصلي عليها يتيمم * وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بأجاز التيمم أعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها لم يحجز التيمم لانها عده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز أن يصلي على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهو لا يظنون أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

﴿ الباب السادس في الدفن ﴾

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (لم نجعل الارض كفاهاً أحياء وأمواتاً) وقوله (فبعث الله غرارا يبحث في الارض) وكرد مالك والشافعى تخصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كرد قوم ان تعود عليها وقوم أجازوا ذلك وتاولوا انتهى عن ذلك انه القعود عليها حاجة الانسان والاثار الواردة في النهى عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز التعمود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط أو بول قالوا وبؤيد ذلك ما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جالس على قبر يبول اليه أو يتغوط فكأنما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ ووصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

﴿كتاب الصيام﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولاً قسمين، أحدهما في الصوم الواجب، والآخر في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم إلى قسمين، أحدهما في الصوم والآخر في الفطر، أما القسم الأول وهو الصيام فإنه ينقسم أولاً إلى جملتين، إحداهما معرفة أنواع الصيام الواجب، والآخر معرفة أركانه

وأما القسم الذى يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم إلى معرفة المقطرات وإلى معرفة المقطرين وأحكامهم فليبدأ بالقسم الأول من هذا الكتاب وبالجملة الأولى منه وهى معرفة أنواع الصيام

ف نقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام، منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ، ومنه ما يجب لعلته وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بإيجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع

فاما الكتاب فتقوله تعالى « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وأما السنة فتقوله عليه الصلاة والسلام : بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابي : وصيام شهر رمضان قال هل على غيرها قال لا الآن تطوع وأما الاجماع فإنه لم ينقل اليه خلافاً عن أحد من الأئمة فى ذلك

وأما على من يجب وجوباً غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » .

﴿الجملة الثانية فى الأركان﴾ والأركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المقطرات، والثالث مختلف فيه وهو النية فاما الركن الأول الذى هو الزمان فإنه ينقسم إلى

قدمين، أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان، والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليل والى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلقوا فيها فلتبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان وثانياً في معرفة الطريق التي بها يتوصل الى معرفة العلامة المحددة له في حق شخص شخص وأفق أفق

فما طرأ هذا الزمان فان العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسماً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان اعما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية وعن الرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلوا في الحكم اذا غم الشهر ولم تكن الرؤية وفي وقت الرؤية المعترف بما اختل فاهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فان كان الذي غم هلال أول الشهر عد الشهر الذي قبله ثلاثين يوماً وكان أول رمضان الحادي والثلاثين وان كان الذي غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوماً وذهب ابن عمر الى أنه ان كان المغمى عليه هلال أول الشهر صم اليوم الثاني وهو الذي يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه اذا غم الهلال رجع الى الحساب بحسب القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعي أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنزلة القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال حرمى وقد غم فان له أن يمتد الصوم ويحجز به * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله صلى الله عليه وسلم: صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تؤيله أكلوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التدبر له عده بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائماً وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا اتاويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام : فان غم عليكم فأكلوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل الجمل على المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين الجمل والمفسر تعارض أصلاً فذهب الجمهور في هذا لانهم واقعوا على أن

وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا رأى من المشي أن الشهر من اليوم الثاني واختلقوا اذا رأى في سائر أوقات النهار أعنى أول ما رأى فذهب الجمهور أن القمر في أول وقت رؤى من النهار أنه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالمشي وهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أصحاب أبي

حنيفة والثوري وابن حبيب عن أصحاب مالك إذا روى الهلال قبل الزوال فهو ليلة الماضية وإن روى بعد الزوال فهو ليلة وتمة وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فياسيله التجربة والرجوع إلى الأخبار في ذلك وليس في ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام يرجع إليه لكن روى عن عمر رضي الله عنه أن ، أحد ماعام ، والأخر مفسر فذهب قوم إلى العام وذهب قوم إلى المفسر فاما العام فهو ما رواه الأعمش عن أبي وائل شقيق بن سلمة قال أنا كتاب عمرو ونحن بخا تسين أن الأهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيت الهلال نهاراً فلا تقطر واحق يشهد رجلان انهما رأياه بالأمس وأما الخاص فاروى الثوري عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب أن قوماروا الهلال بعد الزوال فافطروا فكتب إليهم يلومهم وقال : إذا رأيت الهلال نهاراً قبل الزوال فافطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تقطروا قال القاضي الذي يقتضي القياس والتجربة أن القمر لا يرى والشمس بعد غروبها إلا وهو بعيد منها لأنه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وإن كان يختلف في الكبر والصغر فبعد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى وأن الشمس بعد غروبها ولكن المعقد في ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وإنما المعبر في ذلك مغيب الشمس أولاً فغيبها ، وأما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فإن له طريقين أحدهما الحس والأخر الخبر فامطريق الحس فإن العلماء أجمعوا على أن من أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبي رباح فإنه قال لا يصوم إلا برؤية غيره معه واختلقوا هل يظن برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه لا يظن وقال الشافعي يظن وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فإن النبي عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والقطر للرؤية والرؤية إنما تكون بالحس ولولا الاجتماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وإنما فرق من فرق بين هلال الصوم والقطر لمكان سد الذريعة أن لا بدعي الفساق أنهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي أن أن خاف التهمة أمسك عن الأكل والشرب واعتد القطر وشذمالك فقال من أفطر وقدر رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط

وأما طريق الخبر فأنهم اختلفوا في عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فأما مالك فقال أنه لا يجوز أن يصام ولا يظن بأقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعي في رواية المزني أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يظن

باقبل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغنية قبل واحد وان كانت
 صاحبة بمصر كبر لم تقبل الا شهادة الجهم العفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا
 كانت السماء مصححة وقدر روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت
 السماء مغنية وأجمعوا على أنه لا يقبل في القطر الاثنان الا ابانورقانه لم يفرق في ذلك بين
 الصوم والقطر كما فرق الشافعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب
 وتردد الخبر في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالاحاديث التي
 لا يشترط فيها العدد أما الآثار فن ذلك ماخرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن
 الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست أصحاب رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وساء لهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا
 لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها
 حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت أهلال الليلة
 فقال : أتشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال : أذن في الناس
 فليصوموا غدا خروجه الترمذي قال وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة من سلا ومنها حديث
 ربيع بن خراش خروجه أبو داود عن ربيع بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان فقام أعرابي فشهد عند النبي صلى الله عليه
 وسلم لأهل أهلال أمس عشيّة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن
 يعودوا الى المصلي فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع للشافعي جمع
 بين حديث ابن عباس وحديث ربيع بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد
 والقطر بثنتين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أغنى تشبيه ذلك
 بالشهادة في الحقوق ويشبه أن يكون أبونور لم يمتنع بين حديث ابن عباس وحديث
 ربيع بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربيع بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفي
 حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الامر من جميعاً لأن ذلك
 متعارض ولا أن القضاء الاول يختص بالصوم والثاني بالقطر فان القول بهذا انما يبنى على
 توم التعارض وكذلك يشبه الآن أن يكون متعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين
 حديث ابن عباس الأدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى أن قول أبي نور
 على شذوذه هو بين مع أن تشبيه الرأي بالرأى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة إما

أن يقول ان اشتراط العدد فيها إعادة غير معلة فلا يجوز أن يقيس عليها وإما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشتراط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد ذلك الاثنان لثلاث عشر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه أن يكون الشافعي انا فرق بين هلال القطر وهلال الصوم للثمة التي تعرض للناس في هلال القطر ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب أبي بكر ابن المنذر هو مذهب أبي نور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانفقاد الاجماع على وجوب القطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب أن يكون الامر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان القطر من زمان الصوم واذ قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أعني هل يجب على أهل بلد ما إذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فاما مالك فان ابن التاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروا وصاموه غيره وهو به قال الشافعي وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية إلا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك وأجموا أنه لا يراعى ذلك في البلد ان النائية كالاندلس والحجاز * والسبب في هذا الخلاف تعارض الآثار والنظر

أما النظر فهم ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد وأما اذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الانفرار وادمسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحارث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورأه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكن رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أو نزاه فقلت ألا تنكفي برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبي عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الامر يقتضي ان لكل بلد رؤية يتقرب أو بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان

نأيه العرض كثير أواذ المبلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هي المسائل التي تتعلق بزمان الوجوب

وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى « ثم أموا الصيام الى الليل » واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى « حتى يتبين لكم الخطيط الابيض » الآية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذي يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشترك اسم الفجر أعنى انه يقال على الابيض والاحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فمنها حديث ذكر عن حذيفة قال تسحرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن أقول هو النهار إلا أن الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهدنكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعتري لكم الاحمر قال أبو داود وهذا ما تقر به أهل الجماعة وهذا شذوذ فان قوله تعالى « حتى يتبين لكم الخطيط الابيض » نص في ذلك أو كالتصص والذين رأوا أنه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتد اختلفوا في الحد المحرم للكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فلا كل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وقائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم يطلع كان قد طلع فن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء * وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى وكنوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الابيض من الخطيط الاسود من الفجر هل على الامساك بالتبين نفسه أو بالشيء المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى (كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الابيض من الخطيط الاسود) لانه اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا إضافة التبيين لنا هي التي أوقمت الخلاف لانه قد يتبين في نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس بوجوب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كازوال وغيره فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز أن يحصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول

الاول ما في كتاب البخاري اُظنه في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى يتنادى ابن ام مكتوم فانه لا ينادى حتى يطلع الفجر وهو نص في موضع الخلاف وكذلك النص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى أنه يجب الامساك قبل الفجر فخر يا على الاحتياط وسداً فلذريعة وهو أورع القولين والاول اُقيس والله أعلم

﴿الركن الثاني وهو الامساك﴾

وأجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن الطعام والمشروب والجماع لقوله تعالى (فلا تأكلوا واشربوا من قبل ان ينادى الصائم) وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيب الأبيض من الخطيب الأسود من الفجر) واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فإيراد الجوف مما ليس بمنفذ وإيراد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقة وفي إيراد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولا يرد المعدة * وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المفدى على غير المفدى وذلك ان المنطوق به انما هو المفدى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المفدى بغير المفدى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المفدى وغير المفدى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الى الحلق من أى المنافذ وصل مغذياً كان أو غير مغذٍ وأما ما عدى الماء كحول والمشروب من المقطرات فكهم يقولون ان من قبل فأمضى فقد أفطر وان أمضى فلم يفطر الامالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرها للشاب وأجازها للشيخ ومنهم من كرها على الإطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سامة أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقبل وهو صائم ومن كرها فلما يدعوا اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفسد فاحتجوا بذلك بما روى عن معجونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال: افطر اجمعيا خرج هذا الاثر الطحاوى ولكن ضعفه

واما ما يقع من هذين قبل القبلة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المقطرات وأحكامها

وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالجماعة والى * أما الجماعة فان فيها ثلاثة مذاهب، قوم قالوا انها تفسد وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد ودود والاوزاعي واسحاق بن راهويه،

وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تخبر به قال مالك والشافعي والثوري، وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما مروي عن طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه احمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح ، والثاني مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرفع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحفل أن يكون ناسخاً ويحفل أن يكون منسوخاً وذلك شك والشك لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الخطر ومن أسقطهما للتعارض قال باباحية الاحتجام للصائم وما القى فان جمهوراً نقهه على أن من ذرعه التي فليس ينظر الا ربعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم أيضاً على أن من استنأه فقاء فانه مفطر الا طأوس * وسبب اختلافهم ما توهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضاً في تصحيحها وذلك انه ورد في الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقبت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فقال صدق أنا صبيت له وضوؤه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذي والآخر حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي وأبو داود أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه التي وهو صائم فليس عليه قضاء وان استنأه فقله القضاء وروى موقوفاً على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلاً ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب القطر من التي باطلاق ولم يفرق بين أن يستقي أو لا يستقي ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان بحمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل الحمل على التفسير فرق بين التي والاستنأه وهو الذي عليه الجمهور .

* (الركن الثالث وهو النية) *

والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان كانت شرطاً فالذي يجزى من تعيينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الاول واذا أوقفها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم واذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية بوجوب القطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطاً في صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذز فرقتان لا يحتاج رمضان الى نية الا أن يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أو مسافراً فيريد الصوم والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم يتوكل لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكانه لما رأى ان أيام رمضان لا يجوز فيها القطر رأى ان كل صوم يقع فيها يتقلب صوماً شرعياً وان هذا شئ يخص هذه الأيام واما اختلافهم في تعيين النية المحزنة في ذلك فان مالكاً قال لا بد في ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفي اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة ان اعتقاد مطلق الصوم أجزأه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان اجزأه وانقلب الى صيام رمضان الا أن يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان مانوياً لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوباً معيناً ولم يفرق عما حباه بين المسافر والحاضر وقال كل صوم نوى في رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلا الامرين موجود في الشرع مثل ذلك ان النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث لا شئ كان من العبادات الى الوضوء شرط في صحته وليس يختص عبادة بوضوء بوضوء وضوء وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصر أو عصر أو ان ظهر أو ظهر أو وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم أيضاً في اذا نوى في أيام رمضان صوماً آخر هل يتقلب أو لا يتقلب سببه أيضاً ان من العبادة عند عدم ما يتقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه يخص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ما ليس يتقلب أما التى لا تنقلب فأكثرها وأما التى تنقلب باتفاق

فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى
القرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرهما فن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه
بغيره من العبادات قال لا ينقلب وأما اختلافهم في وقت النية فان ما لكارأى انه لا يحزى
الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعي تحزى النية بعد الفجر
في النافلة ولا تحزى في القروض وقال أبو حنيفة تحزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق
وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة وكذلك في النافلة ولا يحزى في الواجب
في الذمة والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في ذلك أما الاثار المتعارضة في ذلك
فأحدها ما أخرجه البخاري عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام: من لم يبيت الصيام من
الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال أبو عمر حديث حفصة في استاده اضطراب
والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم: يا عائشة
هل عندك شيء قالت قلت يا رسول الله ما عندنا شيء قال فاني صائم ولحديث معاوية أنه قال على
المنبر يا أهل المدينة أين علماءكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اليوم هذا يوم
عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وأما صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب
مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والقرض أعني
حمل حديث حفصة على القرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق أبو حنيفة
بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية
في التعيين والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعيين بالنية وجهور الفقهاء على
أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطا في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجي
النبي صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من جماع
غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن المجتهدين الاجماع على أن الاحتلام بالهار لا يفسد الصوم
وروى عن ابراهيم النخعي وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك أقصد صومه وسبب
اختلافهم ما روى عن أبي هريرة أنه كان يقول: من أصبح جنباً في رمضان أفطروا روى عنه
انه قال ما ناقضته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من أصحاب
مالك ان الخائض اذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل ان يومها يوم فطر وأقول بل هؤلاء
شاذة ومردودة بالسنة المشهورة الثابتة.

(القسم الثاني من الصوم المفروض)

وهو الكلام في الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء متعلق به أحكام أما الذين يجوز لهم الامران فالمرضى باعناق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التسميم كله يجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل ان صام أجزأه صومه أم ليس يحجز به وهل ان كان يحجزى المسافر صومه الافضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود ام في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة ومتى فطر المسافر ومتى يمكس وهل اذا امر بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا فطر ما حكمه وأما المريض فالنظر فيه أيضاً في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهي ان صام المريض والمسافر هل يحجز به صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر الى انه لا يحجز به وان فرضه هو ايام آخر * والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى فن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من ايام آخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلاً أو يحمل على المجزأ فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام آخر وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطب فن حل الآية على الحقيقة ولم يحمل على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام اخر لتوله تعالى فعدة من ايام اخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا افطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالا تار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل الدليل على جملة على المجاز أما الجمهور فيحججون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافر نافع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعصب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه أيضاً انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم وفطر بعضهم وأهل الظاهر يحججون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم افطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالا حدث فلا حدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال أبو عمر والمجته على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزأه صومه

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل الصوم أفضل أو الفطر إذا قلنا أنه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى ان الصوم أفضل ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل ومن قال بهذا القول أحد وجهات وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل * والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنتول ببعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم إنما هو الرخصة للمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمر والاسلمى خرجاه مسلم أنه قال يا رسول الله أجد في قوة على الصيام في السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن آخر فطره عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيومهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكمة وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يصوموا المباح أفضل من الحكم وأما من خير في ذلك فلم يكن حديث عائشة قالت سألت حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال: إن شئت فصم وإن شئت فافطر خرجاه مسلم .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل الفطر اجازة للمسافر هو في سفر محدود أو في سفر غير محدود فن العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور إلى أنه إنما يفطر في السفر الذي تقتصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم في هذه المسئلة وذهب قوم إلى أنه يفطر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر النقط للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ أن كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكراً أيضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر في السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة ولما كان الصحابة كانوا مجموعين على الحد في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد في تقدير الصلاة

وأما المرض الذي يجوز فيه الفطر فاتهم اختلفوا فيه أيضاً فذهب قوم إلى أنه المرض الذي ياجق من الصوم فيه مشقة وضروقه قل مالك وذهب قوم إلى أنه المرض القالب وبه قال أحمد وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المرض فافطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر .

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي متى يفطر المسافر ومتى يمك فأن قوما قالوا يفطر يومه الذي خرج فيه مسافرا وبه قال الشعبي والحسن واحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم في ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مقطرا كفارة واختلنوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النصارى فذهب مالك والشافعي الى انه يتم ادى على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا انه أفطر بعد أن بيت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم أفطروا بعد نيتهم الصوم وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع العميم وصام الناس ثم دعا بقدر من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقليل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي نصره القناري انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث قتلت ألسنت تؤم البيوت فقال أنزع عن سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل

وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له الا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يحزله أن يبطل صومه وقد يتيه لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم

وأما اختلافهم في امساك الداخل في اثناء النهار عن الاكل أولا امساكه قال سبب فيه اختلافهم في تشبيهه من بصره عليه في يوم شك أفطر فيه انشبت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لا يمك عن الاكل لان الاول أكل موضع الجبل وهذا أكل لسبب مبيح أو موجب للاكل والخفية تقول كلاما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فان الجوزي على انه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد بن غفلة وابن مجاز انه ان سافر فيه صام ولم يحز به والى الفطر والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى «فنشهد منكم الشهر فليصمه» وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر

قالوا يجب عليه أن يصومه كله ويحفل أن يفهم منه أن من شهد أن الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهد وذلك أنه لما كان المقصود بإثبات أن من شهد كلفه فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر إذا أفطر فهو انقضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى «فعدة من أيام أخر» ما عدا المريض بأغماء أو جنون فإنهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفتاء الأماصار على وجوبه على المعنى عليه واختلفوا في المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام: وعن المجنون حتى يفقه والذين أوجبوا عليهم القضاء اختلفوا في كون الأغماء والجنون مفسد للصوم قالوا إنه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون أغمى عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا إن أغمى عليه بعدمضي أكثر النهار جزأه وإن أغمى عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فإن الأغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون وإذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف إنها مبطلة للصوم إلا كما يقال في الميت أو فعن لا يصح منه العمل أنه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعاً أم لا ومنها ما إذا علم ما إذا أخر القضاء بغير عذر إلى أن يدخل رمضان آخر ومنها إذا مات ولم يقضيه هل يصوم عنها ولهما أولاً يصوم

﴿أما المسئلة الأولى﴾ فإن بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهو لا عنهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك إيجاب التتابع * وسبب اختلافهم تمارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي أن يكون الاداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فاعلم يقتضي إيجاب العدد فقط لا إيجاب التتابع وروى عن عائشة أنها قالت نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقطا متتابعات وأما إذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يحز التماس في الكفارات قال إنما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من أفطر

متعمداً لأن كليهما مستهين بحرمه الصوم أما هذا فترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالا كل
في يوم لا يجوز فيه الا كل وإنما كان يكون القياس مستنداً لثبوت أن للقضاء زماناً محدداً وبأنص
من الشارع لأن أزمته الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شد قوم فقالوا اذا اتصل مرض
المرىض حتى يدخل رمضان آخره لا قضاء عليه وهذا يخالف للنص وأما اذا مات وعليه
صوم فان قوما قالوا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم
قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا أن يوصى به وهو قول
مالك وقال أبو حنيفة يصوم فان لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المقر وض
فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المقر وض * والسبب في اختلافهم
معارضة القياس للآثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام : من مات
وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضاً من حديث ابن عباس انه قال : جاء
رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه
عنها فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى
أن الاصول تعارضه وذلك انه كان لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك
لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بإيجاب الصيام
عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم
عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فقصيرا الى قراءة من قرأ على الذين يطوقونه فدية
الآية ومن خير في ذلك فجما بين الآية والآثر فذهى أحكام المسافر والمرىض من
الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين مشهورتين،
احدهما الحامل والمرضع اذا أفطر تاما اذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب ،
أحدهما انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس ، والقول الثاني
انهما قضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو
عبيد وأبو ثور ، والثالث انهما قضيان ويطعمان وبه قال الشافعي ، والقول الرابع ان
الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع قضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين
الذي يجهده الصوم وبين المرىض فن شبههما بالمرىض قال عليهما القضاء فقط ومن
شبههما بالذي يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ على الذين يطوقونه

فدية طعام مساكين الآية

وأما من جمع عليهما إلا من ينشبه أن يكون رأى فهما من كل واحد شيئا فقال عليهما القضاء من جهة ما فهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فهما من شبه الذين يجهدون الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالفطر الصحيح لكن يضمف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع بمجموعة من حكم المريض وحكم الذي يجهد الصوم وشبههما بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله أعلم بمن جمع كما أن من أفردهما بالقضاء أولى بمن أفردهما بالأطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فإنه بين

وأما الشيخ الكبير والعجز الذي لا يقدر أن على الصيام فأنهم أجمعوا على أن لهم ما أن يفطر أو اختلفوا فيها عليهما إذا أفطر فقال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما أطعام وبالأول قال الشافعي وأبو حنيفة وبالثاني قال مالك إلا أنه استحبه وأكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مدأ عن كل يوم وقيل إن حضن فحنت كما كان أسس بصنع أجزاءه * وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا أعني قراءة من قرأ على الذين يطوقونه فن أوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف إذا وردت من طريق الأحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذي يتأذى به المرض حتى يموت فبهذه هي أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعني أحكامهم المشهورة التي أكثرها منطوق به أولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر

وأما النظر في أحكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر إذا أفطر فإن النظر في ذلك يتوجه إلى من يفطر بجماعه وإلى من يفطر بغير جماعه وإلى من يفطر بامر متفق عليه وإلى من يفطر بامر يختلف فيه أعني شبهة أو بغير شبهة وكل واحد من هذين إما أن يكون على طريق السهو أو طريق التعمد أو طريق الاختيار أو طريق الإكراه

أما من أفطر بجماع معتمد في رمضان فإن الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال : وما أهلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعق به رقبة قال لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا قال لا ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ففرق فيه عمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى

أقتر مني فابين لا يتبأ أهل بيت أحوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابها ثم قال اذهب فأطعمه أهلك واختنموا من ذلك في مواضع، منها هل الإفطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الإفطار بالجوع في القضاء والكفارة أم لا، ومنها اذا جامع ساهياً ماذا عليه، ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة، ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة أو على التخيير، ومنها كم المقدار الذي يجب أن يعطى كل مسكين اذا كفر بالطعام، ومنها هل الكفارة متكررة بتكرار الجوع أم لا، ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسر أهل يلزمه الاطعام اذا أنرى أم لا. وشذوق فلم يوجبوا على المفطر عمد الجوع الا القضاء فقط اما لانهم يبلغهم هذا الحديث وامالانه لم يكن الامر عزيمة في هذا الحديث لانه لو كان عزيمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق أو الاطعام أن يصوم ولا بد اذا كان محيماً على ظاهر الحديث وأيضاً لو كان عزيمة لاعلم عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضاً وكذلك شذوق أيضاً فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن أفطر ممن يجوز له الفطر أو ممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذي قرناه قبل في ذلك فاما من أفطر متعمداً فليس في إيجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء التعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عمد أحتى خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسألتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل

(اما المسألة الاولى) وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان مالكا وأصحابه وأبا حنيفة وأصحابه واثوري وجماعة ذهبوا الى أن من أفطر متعمداً بالاكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب انشاقمي وأحمد وأهل الظاهر الى أن الكفارة انما تلزم في الإفطار من الجوع فقط. وانسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجوع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رأى انه وان كانت الكفارة عقاباً بالانتهاك الحرمة فانها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الا كبر قد يوضع لما اليه النفس أميل وهولها أغلب من الجنائيات وان كانت الجنابة متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس انشراح وان يكونوا أختاراً بعدد ولا كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس وأما من لا يرى القياس فامر به انه ليس بعدى حكم

الجماع الى الاكل والشرب وأما ما روى مالك في الموطان وجلا انظر في رمضان فأمره النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لأن قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذا ذكر النوع من انقطر الذي افطر به

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهو اذا جامع ناسيا الصومه فان الشافعي وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم في قضاء الناسي مع ارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس أما انقياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة : وأما الاثر المعارض فظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخارى ومسلم عن أنى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فحين ظن أن الشمس قد غرمت فافطروا ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا الخطيء والخطيئة والناسي حكمهما واحد فكيف ما قلنا فثأير النسيان في اسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك اما ان قلنا ان الاصل هو أن لا يلزم ان ناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب أن يكون النسيان لا بوجوب القضاء في انصوم اذ لا دليل هنا على ذلك بخلاف الامر في الصلاة وان قلنا ان الاصل هو إيجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فنجدل الدليل في حديث أنى هريرة على رفعه عن ناسي اللهم إلا أن يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن تاركها الخرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن إيجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وإنما القضاء عند الأكثر واجب بأمر متجدد .

وأما من اوجب القضاء والكفارة على الجماع ناسيا فضعيفون : نير النسيان في اسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وإنما أصارهم الى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المتولة في الحديث أعني من انه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص إنما جاء في المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو إيجاب الكفارة على العامد

الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . رفع عن أمتي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة . ومن قال من اهل الاصول ان ترك التفصيل في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال في حقنا .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة اذا طاوعته على الجماع فان أبا حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الامر للقياس وذلك انه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكفها .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعني بالترتيب أن لا ينتقل المكف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعق أولا فان لم يجد للصيام فان لم يستطع فلا طعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن انقاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا أفطر في رمضان فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذا واما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي صاحب اذ كانوا هم اقدم بنهوم الاحوال ودلالات الاقوال

وأما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشبهها نارة بكفارة الظهار ونارة بكفارة التيميم لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة التيميم وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي وأما استحباب مالك الابتداء بالطعام فخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لان رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شق من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ على الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحسب

هو وجاعتمن العلماء من مات وعليه صوم أن يكفر بالا طعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذي نشهده الاصول على الاثر الذي لا نشهده الاصول .

(وأما المسئلة الخامسة) وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مد بالنبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجزى أقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما القياس فتشبيه هذه التقديرة بقديرة الاذى المنصوص عليها وأما الأثر فاروى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس بدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على أن بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا الفدر .

(وأما المسئلة السادسة) وهي تكرار الكفارة بتكرار الاطعام فاتهم أجمعوا على أن من وطى في رمضان ثم كفر ثم وطى في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا على أنه من وطى ثم أراق في يوم واحد أنه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلافهم في وطى في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطى في يوم ثان فقال مالك والشافعي وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجاع الاول . والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فنشبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن افعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحدوا واحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكما منفردا بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القرية والحدود جزع محض .

(وأما المسئلة السابعة) وهي هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسرا في وقت الوجوب فان الاوزاعي قال لا شيء عليه ان كان معسرا وأما الشافعي فتدبر في ذلك . والسبب في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبهه بالدين فيعود الوجوب عليه في وقت الاتراء ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لينته له عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من أفطر متعمدا في رمضان مما أجمع على أنه مفطر

وأما من أفطر ناهو مختلف فيه فان بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من المجاعة ومن الاستقاء ومن طلع الحصاة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عنده من يرى أنه ليس له أن يفطر في ذلك اليوم فان

مالكاً أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار ومجهور أصحابه وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستثناء فأبوتور والاوزاعي وسائر من يرى ان الاستثناء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذي أوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بأن الحجامة مفطر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المقطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المقطر ومن المقطر فن غاب أحد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذا الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه الخلاف أعني هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزع أبو حنيفة الى أنه من افطر متمداً للقطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب ميسر للقطر انه لا كفارة عليه كالمرأة فطر عمداً ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح فطر عمداً ثم عرض والحاضر فطر ثم يسافر فن اعتبر الامر في نفسه اعني انه مفطر في يوم جازله الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر في يوم جازله الافطار فيه ومن اعتبر الاستثناء بالشرع أوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك في الفجر واجبا به القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس في القطر عمداً في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اعني رمضان الاقتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياساً على الحج التماسد وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتسهيل القطر لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحر واقان في السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام: فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم وممرغبته كف اللسان عن الرفث والخطا: لقوله عليه الصلاة والسلام: انما الصوم جنة فإذا أصبح أحدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل اني صائم وذبح أهل الظاهر الى ان الرفث فطر وهو شاذ فيه مشهورات ما يتعلق بالصوم المقرض من المسائل وبقي القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه ﴾

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة وفي حكم الاطاري فيه فأما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها وأيام منهي عنها وأيام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه

أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والفر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائماً فليتم صومه ومن كان أصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر * والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال إذا رأيت هلال المحرم فاعدوا أصبح يوم التاسع صائماً قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا كان العام اتفيل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المتفيل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه الصلاة والسلام: أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جميعاً بين الاثنين وخرج أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن صيام يوم عرفة وأما السبت من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صام رمضان ثم أتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك إما مخافة أن يلحق الناس بربما من ليس من رمضان وإما لانه لم يلقه لم يلقه الحديث ولم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحريم صيام الفر مع ما جاء فيها من الاتر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان: يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما كثرت الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال خمساً قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من

ذلك قال سبعة قلت يا رسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال تسعاً قلت يا رسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يا رسول الله انى اطيق اكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وإفطار يوم وخرج أبو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستم قط شهراً بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان في شعبان

وأما الايام المنهى عنها فنها أيضاً متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الانحصى لثبوت النهى عن صيامهما وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر أما أيام التشريق فان أهل الظاهر لم يحجزوا الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه اجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المفتوح وهذا الايام هي الثلاثة الايام التي بعد يوم النحر * والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام: في انها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب او على التدب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على التدب قل الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على التدب انما صار الى ذلك وعليه على الاصل الذي هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الخدري ان ثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضى ان ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لانه فيهما يوم الجمعة فان قوماً لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا أن يسام قبله أو بعده * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فنها حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رآته فخطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر ان سائلاً سأل جابراً أسمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفر يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجهم مسلم، ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يصوم أحدكم يوم الجمعة لأن يصوم قبله أو بصوم بعده خرجهم أيضاً مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود

وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان فظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو بالكال العدد لا ما حكناه عن ابن عمر واختلقوا في تحريم صيامه تطوعاً فنهى عن كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ومن أجازوه فلا نه قدروى أنه عليه السلام: صام شعبان كله ولما قدروى من أنه عليه السلام قال: لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول أنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء ثبت أنه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد التعجر في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض

وأما يوم السبت * فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من أنه عليه السلام قل: لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرج أبو داود قالوا والحديث منسوخ نحوه حديث جويرية بنت الحارث أن النبي عليه السلام: دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فتناولت أمس فقالت لا فقال ربي أن تصومي غداً قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم يبر بذلك بأساً وعسى رأى النبي في ذلك أنه هو من باب خوف الضعف والمرض

وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوماً كرهوه وقوماً أجازوه فمن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام: قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازوه فلما روى عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقرن شعبان بـرمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى

وأما الركن الثاني وهو النية فلا أعلم أن أحداً لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم

وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب في الصوم المقرض والاختلاف الذي هنالك لاحق هنا

وأما حكم الإفطار في التطوع فاتهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لمعذر قضاء واختلفوا إذا قطعه لمعذر عداً فأوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعي وجماعة ليس عليه قضاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك

وذلك ان مالكاروى ان حفصة وعائشة زوجى النبي عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لها طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقضيا يومامكانه وعارض هذا حديث أم هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة تجلت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة بانه فيه شراب فتناولته فشرب منه ثم تناولته أم هانئ فشربت منه قالت يا رسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تمضين شيئاً قالت لا قال فلا بضررك ان كان تطوعاً واحجج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقلت انا خباتك خباً فقال اما انى كنت اريد الصيام ولكن قريبه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولا اختلافهم ايضاً فى هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع او على حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل فى الحج والعمره متطوعاً يخرج منها ان عليه القضاء و اجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو انه يلزم التقصد له المسير فيه الى آخره واذا افطر فى التطوع تاسيافالجهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث أم هانئ على النسيان وحديث أم هانئ أخرجه أبوداود وكذلك خرج حديث عائشة بقرين من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بيمينه .



«(بسم الله الرحمن الرحيم)»

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفي شرطه وهو في رمضان أكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشق على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشرط مخصوص وترك مخصوصة فاما العمل الذي يخصه فقيهه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والترب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثوري والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب اختلافهم أن ذلك شيء مسكوت عنه أعني أنه ليس فيه حدمشروع بالقول فن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخر وية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجماعة ويوصي أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود مريضاً وهذا أيضاً أحد ما أوجب الاختلاف في هذا المعنى

وأما المواضع التي فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد المذهب اليه ان لم يبق له من انه يصح في غير مسجد وان مباشرة النساء ما حرمت على المعتكف اذا اعتكف في المسجد والامام مذهب اليه أبو حنيفة من ان المرأة انما تعتكف في مسجد بينها * وسبب اختلافهم في

اشتراط المسجد وترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم
 عا كفون في المساجد بين ان يكون له دليل خطاب ام لا يكون له فن قال له دليل خطاب قال
 لا اعتكاف الا في مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل
 خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز في غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلاً
 لو قال لا تخط فلانا شيئاً اذا كان داخل في الدار لكان مفهوم دليل الخطاب بوجوب
 ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجوهر على ان الكوف انما
 اضيف الى المساجد لانها من شرطه * وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد
 أو تميمها فمعارضة العموم للقياس المختص : فن رجح العموم قل في كل مسجد على ظاهر
 الآية ومن اتقيدح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشتراط أن يكون
 مسجد آفیه جمعة للثلاث قطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجد انشاد الى المطي مثل
 مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم ينس سائر المساجد عليه اذ كانت
 غير مساوية في الحرمة * وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضاً
 للآثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن أخيهن فيه
 فكان هذا الاثر دليلاً على جواز اعتكاف المرأة في المسجد . وأما القياس المعارض لهذا فهو
 قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لو كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد
 على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف
 في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الاثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام
 معه كما ناسف معه ولا ناسف مفردة وكانت نحو من لجمع بين القياس والآثر وأما زمان الاعتكاف
 فليس لاكثره عند عدم حذو واجب وان كان كلهم يختار العشر الاوخر من رمضان بل يجوز
 الدهر كله اما مطلقاً عند من لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدا الايام التي لا يجوز صومها
 عند من يرى الصوم من شروطه . وأما أقله فاهم اختلافوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي
 يدخل فيه المعتكف لا اعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما أقل زمان الاعتكاف
 فعند الشافعي وأبي حنيفة وأبي حنيفة ما لا حدة واختلف عن مالك في ذلك فقيس ثلاثة
 أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من يحجبه ان العشرة
 استحباب وان أقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثر اما القياس فانه

من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يحجز اعتكاف ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذا اعتاد صوم النهار انما يكون بالليل وأما الاثر المعارض فما أخرجه البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر ان يتكف ليلة فمروا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر وأما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة أو يوما واحدا فان مالكا والشافعي وأبو حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهرانه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر ان يتكف يوما فان الشافعي قال من أراد أن يتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فنوله في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق أبو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر أن يتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعي يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح والسبب في اختلافهم معارضة الاقبيسة بعضها بمعارضتها الاثر لحجيمها وذلك انه من رأى ان أول اشهر ليلة واعتبر الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب من نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن يندري اياما اوليالي والحق ان اسم اليوم في كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على اللين والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالة الاولى انما هي على النهار ودلته على الليل بطريق اللزوم وأما الاثر المخالف لهذه الاقبيسة كلها فهو ما أخرجه البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتكف في رمضان واذا صلى افتداه دخل مكانه الذي كان يتكف فيه وأما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاوخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه وقال الشافعي وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقد سحنون وابن الماجشون ان يرجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هي من حكم المشرأمة لا وأما شرطه فتلات النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا أعلم فيها اختلافا وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعي الاعتكاف جائز بتفسير صوم

و يقول مالك قال من الضعابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه في ذلك و يقول الشافعي قال علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فن رأى ان الصوم المقتزن باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف فحسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصودا لله عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد اخرج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه أمره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس محل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا الى المالا بدله منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل أن يجزى مجزى المسند وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فأنهم أجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لينة في غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلفوا أيضا في فساد الاعتكاف بما دون الجناع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا أن ينزل وللشافعي قولان، أحدهما مثل قول مالك، والثاني مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والحجالة عموم أم لا وهو أحد أنواع الاسم المشترك فن ذهب الى انه لعموما قال ان المباشرة في قوله تعالى ولا يباشرهن وأنتم عاكفون في المساجد ينطلق على الجناع وعلى مادونه ومن لم ربه عموما وهو الأشهر الاكثر قال يدل اما على الجناع واما على مادونه الجناع فذا قلنا انه يدل على الجناع باجماع بطل أن يدل على غير الجناع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والحجالة ومن أجرى الأزال بمنزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا بما يجب على الجامع فقال الجوهري لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فيمضهم قال كفارة الجامع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم بتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم بمقت رقة فان لم يجد اهدى بدنة فن لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا والاظهر انه لا يجوز واختلفوا في مطلق النذر بالا اعتكاف هل من شرطه

التابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك

• والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق

وأما منواع الاعتكاف فاتفقوا على أنها ماعدا الأفعال التي هي أعمال المعتكف وأنه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو ما هو في معناها مما تدعو إليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا اعتكف يذني إلى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان واختلفوا إذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي يقتض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل إن يدخل بيتاً غير بيت مسجده فركض فيه ببعضهم وهم إلا أكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم أن ذلك يبطل اعتكافه وأجاز مالك له البيع والشراء وإن بلى عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك • وسبب اختلافهم أنه ليس في ذلك حد منصوص عليه إلا الاجتهاد وتشبيه ما لم يفتقوا عليه بما افتقوا عليه واختلفوا أيضاً هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما ينفعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الإباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فأكثروا فيها على أن شرطه لا ينفعه وأنه إن فعل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه • والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالخروج أن كليهما عبادة مأمنة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج إنما صار إليه من رآه حديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : اذهبي بالحج واشترطي أن تحلي حيث حبستى لكن هذا الأصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضيف عند الخصم المخالف له واختلفوا إذا اشترط التابع في النذر أو كان التابع لازماً فطلق النذر عند من يرى ذلك مهي الأشياء التي إذا قطعت الاعتكاف أو جبت الاستئذان أو البناء مثل المرض فإن منهم من قال إذا قطع المرض الاعتكاف في المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عند من أن الحائض تبنى واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا إذا جن المعتكف أو أغمى عليه هل يبنى أو ليس يبنى بل يستتبل • والسبب في اختلافهم في هذا الباب أنه ليس في هذه الأشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على أن اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر أنه يجب

فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أراد أن يعتكف العشر الاوخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشر من شوال
واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على أن من أنى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة ما رأينا أن ثبت في اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما .

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعدمعرفة وجوبها ينحصر في خمس محل ، الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه ، الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال ، الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب ، الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب ، الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجبه فاما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك

﴿ الجملة الاولى ﴾ وأما على من تجب فتهم اشقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكا تاما واختلقوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذي عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال انحنى والحسن وسعيد بن جبيرة من التابعين ورفق قوم بين ما يخرج الارض وبين ما لا يخرجها فقالوا عليه الزكاة في ما يخرجها الارض وليس عليه زكاة في ما عدا ذلك من المشايعة والناض والمروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه ورفق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض * وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أولا إيجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الأغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء اعتبر في ذلك بلوغا من غيره

وأما من فرق بين ما يخرجها الارض أولا يخرجها وبين الخفي والظاهر فلا أعلم له مستند في هذا الوقت

وأما أهل الذمة فإن الأكثر على أن لا زكاة على جميعهم إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تلمب أعني أن يؤخذ منهم مثلاً ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وليس عن مالك في ذلك قول وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الأصول تعارضه وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فتقوم قالوا لا زكاة في أموالهم أصلاً وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعي فيأحكامه ابن المنذر والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأوجب طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروي عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر وبعضهم ومجهور من قال لا زكاة في مال العبد هم على أن لا زكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المكاتب الزكاة * وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكاً تاماً أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ملكاً تاماً وأن السيد هو المالك إذ كان لا يتحول مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه ملكاً تاماً مالا السيد إذ كانت بدل العبد هي التي عليه لا بد السيد ولا العبد أيضاً لأن للسيد امتزاعه منه قال لا زكاة في ماله أصلاً ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيهاً بتصرف بدالحرق قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكف لتصرف اليد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق أموالهم أو تستغرق ما يحب فيه الزكاة من أموالهم ويأيدهم أموال يحب فيها الزكاة فأنهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لا زكاة في مال حيا كان أو غير حتى تخرج منه الديون فنحن ما يحب فيه الزكاة زكي والأفلا وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب وينع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط إلا أن يكون له عرض فيها وقعن دينه فإنه لا يمنع قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلاً * والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنها حق لم قال لا زكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده ومن قال هي عبادة قال يجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته المتفضية الوجوب على المكف سواء كان عليه دين أو لم يكن

وأيضا فإنه قد تعارض هناك حقان حق لله وحق للإنسان وحق الله أحق أن يقضى والأشبه بفرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام: فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بنبي وأما من فرق بين المحبوب وغير المحبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبو عبيد يقول أنه إن كان لا يعلم أن عليه ديناً إلا بقوله لم يصدق وإن علم أن عليه ديناً لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافاً لمن يقول بإسقاط الدين الزكاة وإنما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي هو في النعمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضاً قوم قالوا لا زكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القبض له وهو الحول وهو أحد قولي الشافعي وبه قال الليث أو هو قياس قوله وقوم قالوا إذا قبضه زكاة لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وإن أقام عند المديان سنتين إذا كان أصله عن عوض وأما إذا كان عن غير عوض مثل الميراث فإنه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك * ومن هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الأصول وفي زكاة الأرض المستأجرة على من يجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الأرض أو صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في أرض الخراج إذا انتقلت من أهل الخراج إلى المسلمين وهم أهل العشر وفي أرض العشر وهي أرض المسلمين إذا انتقلت إلى الخراج أعني أهل النعمة وذلك أنه يشبه أن يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها أملاك ناقصة .

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ وهي زكاة الثمار المحبسة الأصول فإن مالك والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم باعياهم فوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم باعياهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على المساكين ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لأنه يجمع في ذلك شيئان إن كان أحدهما أملاك ناقصة والثانية أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف بهم الصدقة لا من الذين يجب عليهم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الأرض المستأجرة على من يجب زكاة ما يخرجها فإن قوماً قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شيء * والسبب في اختلافهم هل البشر حق الأرض أو حق الزرع أو حق مجموعهما إلا أنه لم يقل أحد أنه حق

لجميعهما وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامر من اختلفوا في أيهما هو أولى أن ينسب الى الموضوع الذي فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه الشئ الذي تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى انه الشئ الذي هو أصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فإن الجمهور على أن فيها العشر أعني الزكاة وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشره وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فإن قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب واعي يجيء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج وأما اذا انتقلت أرض العشر الى الذي يزرعها فإن الجمهور على انه ليس فيها شئ وقال النعمان اذا اشترى الذي أرض العشر تحولت أرض خراج فساكنه رأى أن العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض الذميين لكن كان يجب على هذا الأصل اذا انتقلت أرض الخراج الى المسلمين أن تعود أرض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض العشر الى الذي عدت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع ذكرها هو هذا الباب ، أحدها اذا أخرج المرء الزكاة فضاغت ، والثانية اذا أمكن إخراجها فهناك بعض المال قبل الإخراج ، والثالثة اذا مات وعليه زكاة ، والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا ودهه .

فاما المسئلة الاولى ١ وهي اذا أخرج الزكاة فضاغت فإن قوما قالوا انخرى عنه وقوم قالوا هو لها ضمن حتى يضمه موضعها وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد ان أمكنه إخراجها وبين أن يخرجها أول زمن الوجوب والامكان فتدل بعضهم ان أخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وان أخرجها في أول الوجوب ولم يقع منه غرط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي وبه قال أبو ثور والشافعي وقال قوم بل بعد الذاهب من الخبيث ويبقى المساكين ورب المال شريك في الباقي بقدر حظهم من حظ رب المال مثل ان شريك يذهب بعض المال المشترك بينهما وبينه شريكين على تلك السببة في الباقي فيحتصل في المسئلة خمسة أقوال . قول انه لا يضمن باطلاق ، وقول انه يضمن باطلاق . وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن ، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي ، والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ إذا ذهب بمض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكى ما بقى وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين بضييع بعض مالهما * والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالدون أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بمعين المال أو تشبيهها بالحقائق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكى الزكاة بالامناء قال اذا أخرج فذلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالفرماء قال يضمنون ومن فرق بين التريط واللا تريط ألحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط وأمن قال اذا لم يفرط زكى ما بقى فانه يشبه من هلك بمض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بمض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كانه اذا وجبت الزكاة عليه فقاما يزكى الموجود فقط كذلك هذا انما يزكى الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين التريم والامين والشريك ومن هلك بمض ماله قبل الوجوب وأما اذا وجبت الزكاة وعلم من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بمض المال فانهم مستغنون فيها بحسب نهضا من الافى المشية عندهم رأى أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعى مع الحول وهو مذهب مالك .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وقوم قالوا ان أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والافلا شئ عليه ومن هؤلاء من قل يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قل لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعا ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم فى المدل يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المدل نفسه ويرجع المشتري بقمته على انبائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة المشتري باختيار بين انقاذ البيع ورده والعشر ما خرد من الثمرة أو من الحب الذى وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على انبائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واللاف عينه من شبه بذلك قال الزكاة متبعية فى ذمة المتلف والقوت ومن قال البيع ليس باللاف لعين المدل ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة فى عين المدل ثم هل البيع منسوخ أو غير منسوخ فظهر آخر يذكر فى باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المدل الموهوب وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى انذهب لم اران تعرض له اذ كان ذلك غير موافق لقرضا مع انه يسرفها اعطاء أسباب

تلك القروق لانها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي ترك من التي لا ترك والديون المستقطعة للزكاة من التي لا تسقطها فذا ما رأينا أن نذكر في هذه الجملة وهي مرفقة من نجيب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به وأحكام من نجيب عليه وقد بقي من أحكامه حكم مشهور وهو ما إذا حكم من منع الزكاة لم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضي الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسي ذر يثهم وخالفه في ذلك عمر رضي الله عنه وأطلق من كان استرق منهم ويقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من القرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه ففهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة إذا صدق بها حكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى في اعتقاد الايمان الذي ضد الكفر من الاعمال الالفاظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبؤمنوا في فاشترط مع العلم بالقول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالنول قال جميع الاعمال المعروضة شرط في العلم الذي هو الايمان ومن شبه نقول بسائر الاعمال التي انفق الجمهور على انها ليست شرطاً في العلم الذي هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان ولا يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلقظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذي عليه الجمهور .

(الجملة الثانية) وأما ما يجب فيه الزكاة من الاموال فانهم اتفقوا منها على أشياء واختلفوا في أشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليسا بحلي وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقرة والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففي الحلي فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الى انه لا زكاة فيه اذا أربل بالزينة والبأس وقال أبو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين الثبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الأشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع أولاً قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالثبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها أولاً قال ليس فيه زكاة ولا اختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي .

عليه الصلاة والسلام انه قال: ليس في الحلي زكاة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأته أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابنة لها وفي يدها بمسك من ذهب فقال لها أتودين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار نخلتكما وألتتهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والآن ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الامك لا اختلافهم تردد الحلي المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المتصود منهما أولاً المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المتصود منها بالوضع الاول خلاف المتصود من التبر والفضة أعني الانتفاع بها لا المعاملة وأعني بالمعاملة كونها متنا واختلف قول مالك في الحلي المتخذ للكرافة شبهه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة * واما ما اختلفوا فيه من الحيوان فنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صفته اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لاز زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة إلى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكراً واناً واناً * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يجن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذي يقتضي الاز زكاة فيها فقول عليه الصلاة والسلام: ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبهه الابل والبئر وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل: ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة إلى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة قبل القاضى وان يكون هذا اللفظ مجملاً أخرى منه أن يكون عاماً فيحتاج به في الزكاة وخالف أبو حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم * وأما ما اختلفوا في صفته فهي السائمة من الابل والبئر والقم من غير السائمة منها فان قوماً أوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الاصبار لاز زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع * وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس للعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في أر بعين شاة شاة وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام: في سائمة القم الزكاة فن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله

عليه الصلاة والسلام: في سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لازم كافة غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: في أر بعين شاة شاة يقتضى أن السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما أن تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب أبو محمد بن حزم إلى أن المطلق يقتضى على المقيد وأن في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الأبل لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيها دون خمس ذود من الأبل صدقة وإن البقر لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالإجماع وهو أن الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيره أقول ثالث وأما القياس المعارض لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام: فيها في أر بعين شاة شاة فهو أن السائمة هي التي المتصور منها انقضاء الرمح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة تنامي فضلات الأموال والفضلات إنما توجد أكثر ذلك في الأموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى أن العموم أقوى أوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة وأجمعوا على أنه ليس فيها يخرج من الحيوان زكاة إلا العسل فهم اختلفوا فيه فجمهور على أنه لازم كافة فيه وقال قوم فيه الزكاة وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الآثار الواردة في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام: في كل عشرة أرق زق خرجه الترمذى وغيره وأما ما اختلفوا فيه من النباتات بعد انقاعهم على الأصناف الأربعة التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة إلا في تلك الأربعة فقط وبه قال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخرات انتقت من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ما خرجه الأرض مدعاة الخشيش والخطب والنصب وهو أبو حنيفة * وسبب الخلاف أما بين من قصر الزكاة على الأصناف الخمسة عليها وبين من عدّها إلى المدخرات المتانت فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الأصناف الأربعة هل هو لعينها أو لعلتها فيها وهي الاقليات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلتها الاقليات عدّى الوجوب لجميع المتانت * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المتانت وبين من عدّها إلى جميع ما خرجه الأرض إلا ما وقع عليه الإجماع من الخشيش والخطب والنصب هو معارضة القياس لمعوم اللفظ أما اللفظ الذي يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام: فبما سقت السماء العشر وبما سقى بالتضح نصف العشر وبما معنى الذي والذي من ألقاها العموم وقوله تعالى (وهو الذي أنشأ جنات

معروشات) الآية الى قوله (وأنا حق يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة إنما المقصود منها سد الحاجة وذلك لا يكون غالباً الا فيما هو قوت فنخصص العموم بهذا القياس استقط الزكاة مما عدا مقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه الاجماع والذين اتفقوا على مقتات اختلوا في أن يامن قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاة أم ليست بمقتاة وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين أولاً ايجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب في التارودون الخضر وهو قول ابن حبيب له وله سبحانه وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق في الآية بين التارودون الزيتون فلا وجد لقوله الاوجه ضعيف واتفقوا على أن لاز زكاة في العروض التي لم يقصد به التجارة واختلاف في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل اقطار * والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعدده للبيع وبقاروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال أد زكاة البر وأما القياس الذي اعتمدناه فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التخفية فشبها الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق أعنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي أن زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعنى اذا قل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافة وفيه ضعف .

§ الثالثة : وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة في الاله منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعنى في عينه وقدره فاننا ذكرنا من ذلك ما اتفقوا عليه واختلوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها واختلف فيما عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول : اتصل الاول في الذهب والفضة ، الثاني في الابل ، الثالث في النعم ، الرابع في البقر ، الخامس في التبات السادس في العروض .

﴿ الفصل الاول ﴾

أما المقدار الذي يجب فيه الزكاة من القضة فانهم اختلفوا على انه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة ما عدا المعدن من القضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والارقة عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فانهم اختلفوا على ان الواجب في ذلك هو ربع العشر أعني في القضة والذهب معاً ما لم يكونا خراج من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب، والثاني هل فيها أوقاص أم لا أعني هل فوق النصاب قدر لا يزيد الزكاة بزيادته، والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعني عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحداً لا اثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿ أمثلة الاولى ﴾ وهي اختلافهم في نصاب الذهب فنأثر كثير العلماء على ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً وزناً كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبي الحسن البصري وأكثر اصحاب داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشرة ديناراً واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرف مائتي درهم أو قيمتها فإذا بلغت ففيها ربع عشرة كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو اقل أو أكثر هذا في أن كان منها دون الأربعين ديناراً فإذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفساً لا بالدرهم لا حرقاً ولا قيمة * وسبب اختلافهم في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب القضة ومارى الحسن بن عماره من حديث علي انه عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عندنا أكثر مما يجب العمل به لا نرى الحسن بن عماره به فلم يصح عنده هذا الحديث اعتقد في ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الأربعين وأما مالك فعقد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان

الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتي درهم
وأما الذين جعلوا الزكاة فيادون الأربعين نبيماً للدرهم فانه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا القضة هي الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في

الوزن وذلك فيادون موضع الاجتماع ولما قيل أيضاً أن الرقعة تسمى بقنول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيادون خمس أواق من الرقعة صدقة .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فإن الجمهور قالوا إن ما زاد على مائتي درهم من الوزن قيسه بحساب ذلك أعني ربع العشر ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيما زاد على المائتي درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهماً فإذا بلغت كان فيارب ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمار ومعارضة دليل الخطاب له وتردد ما بين أصليين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب أما حديث الحسن بن عمار فإنه رواد عن أبي إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قد غفوت عن صدقة الخيل والريق فيها توا من الرقعة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين ديناراً نصف دينار وليس في مائتي درهم شيء حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فيا زاد ففي كل أربعين درهماً درهم وفي كل أربعين ديناراً ربع دينار على العشرين ديناراً درهم حتى تبلغ أربعين ديناراً ففي كل أربعين ديناراً ربع دينار وفي كل أربعين وعشرين ديناراً درهم

وأما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة ومفهومه أن فيا زاد على ذلك الصدقة قل أو أكثر

وأما تردد ما بين الأصليين اللذين هما الماشية والحبوب فإن النص على الأوقاص ورد في الماشية وأجمعوا على أنه لا أوقاص في الحبوب فمن شبه النقصة والذهب بالماشية قال فيهما الأوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي ضم الذهب إلى النقصة في الزكاة فإن عند مالك وأبي حنيفة وجماعة أنها تضم الدراهم إلى الدنانير فإذا كل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وأبو نؤير وداد ولا يضم ذهب إلى فضة ولا فضة إلى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لئنه أم لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول أئمة طائفة رؤس الأموال وقيم المنقعات ففرأى أن المعبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم أحدهما إلى الثاني كالحال في البقر وأنهم ومن رأى أن المعبر فيهما هو ذلك الأمر الجامع الذي قلناه أوجب ضم بعضهما إلى بعض ويشبه أن يكون الاظهر

اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قد بوم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذي اعقد مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين أجازوا ضمهما اختلفوا في صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف معدود ذلك بان يزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقبة في وقت الزكاة فن كانت عنده مئلا مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضاً فيهما الزكاة ومن قال بهذا أقول أبو حنيفة ومثل هذا القول قول الثوري لانه يراعى الاحوط للمساكين في تضم أتعى القبة أو تصرف الحدود ومنهم من قال بضم الاقل منها الى الاكثر ولا بضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها أبداً كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أر بعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم يراض في تكيل النصاب اذ لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما * وسبب هذا الارتباك ما راموه من ان يحملوا من شئئين نصابهما مختلف في الوزن نصاباً واحداً وهذا كذا لا معنى له وامل من رام ضم أحدهما الى الآخر فقد أحدث حكمة في الشرع حيث لا حكم له فدل بنصاب ليس هو نصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكيف والامر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الاشياء اغتسلت حكم مخصوص فيسكت عنه الشرع حتى يكون سكوتة سبباً لان يعرض فيه من الاختلاف . متداره هذا المقدار والشارح انما أمث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

١ وأما المسئلة الرابعة ٢ فان عند مالك وأبي حنيفة ان الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فن هذا القدر يمكن أن يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لك واحد أو أكثر من مالك واحد الا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الفرق فوجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتي بعد .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فإن مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وأما الخلاف بينهما أن مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما استقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما أن الواجب فيما يخرج منه هور بيع العشر. وأما أبو حنيفة فلم يرفه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لأنه قال عليه الصلاة والسلام: وفي الركاز الخمس وروى أشهب عن مالك أن المعدن الذي يوجد بغير عمل أنه ركاز وفيه الخمس * فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه ﴾

وأجمع المسلمون على أن في كل خمس من الابل شاة إلى أربع وعشرين فإذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين فإن لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فإذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين فإذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة إلى ستين فإذا كانت واحدا وستين ففيها جذعة إلى خمس وسبعين فإذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون إلى تسعين فإذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة ثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلفوا منها في مواضع منها فإذا زاد على العشرين والمائة ومنها إذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل يجب الزكاة في صغار الابل وإن وجبت فما الواجب .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اختلافهم فيما زاد على ائنة وعشرين فإن مالكا قال إذا زادت على عشرين ومائة واحدة فليصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون وإن شاء أخذ حقتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابتا لبون وقال ابن القاسم من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار إلى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك بن المنجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار إلى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال السكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري إذا زادت على عشرين ومائة عادت القرية بضعة على أهلها ومعنى عودها أن يكون عندهم في كل

مخمس ذود شاة فإذا كانت الابل مائة ومخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة الخمس فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فإذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه الى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فإذا بلغت فيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمسة وعشرين كما كانت في القرض الاول الى عشرين ومائة فإذا بلغت فيها ثلاث حقات فإذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها القرض بضة الاولى الى أن تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقات ثم يستقبل بها القرض بضة

وأما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فاتهم ائمتنا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة القرض أولا وعودته اختلاف الآثاري في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام : فإزاد على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفت القرض بضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذهو أثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الا توقفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * وأما سبب اختلاف ما نكراهه وأصحابه والشافعي فإما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستتم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى ان ما بين المائة وعشرين الى أن يستتم الحساب وقصر قل ليس بما زاد على ظاهر الحديث الثابت شي ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعي وابن القاسم فعمدوا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر لانفاق على نيوته وابن القاسم والشافعي حملوا الجملة على الفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الاثرين والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن

الذي فوق هذا السن أو تحته فإن مال الكافل يكلف شره ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وزيادة عشرين درهماً إن كان السن الذي عنده أخطأ أو شاتين وإن كان أعلى دفع إليه المصدق عشرين درهماً أو شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للبتازعة فيه ولعل مال الكافل يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القعدة على أصله في إخراج القيم في الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذي عنده وما ينهـ امن القعدة .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي هل يجب في صغار الابل وإن وجبت فماذا يكف فان قولاً قالوا يجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا يجب . وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أولاً يتناولوه والذين قالوا لا يجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعته من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة أنه قال أنا مصدق النبي عليه الصلاة والسلام فأتته فجلست إليه فسمعتة يقول إن في عهدي أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا تفرق بين مجمع قال وأتاه رجل بناقة كوماً فأتى أن يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس ونحو هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخايل الغنم .

(الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك)

جمهور العلماء على أن في ثلاثين من البقر نبيماً وفي أربعين مسنة وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين ففيها نبيس وقيل إذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة إلى خمس وسبعين ففيها بقرتان وإذا جاوزت ذلك فإذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الأربعين والستين فذهب مالك والشافعي وأحمد وأثوري وجماعة أن لا شيء فيما زاد على الأربعين حتى تبلغ ستين فإذا بلغت ستين ففيها نبيمان إلى سبعين ففيها مسنة وتبيع إلى ثمانين ففيها مسنتان إلى تسعين ففيها ثلاثة أتبعه إلى مائة ففيها نبيمان ومسنة ثم هكذا ما زاد في كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة . وسبب اختلاف فقهاء الامصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرج له الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا أنه توقف في الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبي عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى

الله عليه وسلم فلما لم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فن قاسمها على الابل
والنعم لم يرد في الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه
الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عندنا في البقر وقص اذ لا دليل هناك من اجماع ولا غيره
(الفصل الرابع في نصاب النعم وقدر الواجب من ذلك)

وأجمعوا من هذا الباب على ان في سائمة النعم اذا بلغت أربعين شاة عشرة مائة
فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه
الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن
صالح فانه قال اذا كانت النعم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت
أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والشافعية
المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور وانهم قالوا على ان المزدحم مع النعم واختلافوا من
أى صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عدداً فان استوت خير الساعي
وقال أبو حنيفة بل الساعي بخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعي يأخذ الوسط من
الاصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه تعد عليهم بالخلعة يجها الراعى ولا تأخذها ولا تأخذ
الا كولة ولا الربى ولا الماخض ولا خل النعم وتأخذ الجذعة واثنية وذلك عدل بين خيار
المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة
ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا أن يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين
واختلفوا في العميا وذات الامل هل تعد على صاحب المال ام لا فرأى مالك والشافعي ان تعد
وروى عن أبي حنيفة انها لا تعد * وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء
والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات
في كل النصاب بها اذا لم يبلغ نصاباً فقال مالك يستحبها وقال الشافعي وأبو حنيفة وابو ثور لا يعتد
بالسختال الا أن تكون الامهات نصاباً * وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه اذا
أمر ان تعد عليهم بالسختال ولا يؤخذ منها شيء فان قوماً فهموا من هذا اذا كانت الامهات
نصاباً وقوم فهموا هذا مطلقاً واحسب ان اهل الظاهر لا يوجبون في السختال شيئاً ولا يعدون
بها الا كانت الامهات نصاباً ولا يمكن لأن اسم الجنس لا يتناول عليها عندهم وأكثر الفقهاء
على ان للخلطة تأثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر
النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وانحابه فلم يروا للخلطة تأثيراً لا في قدر الواجب ولا في قدر

النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثرفقهاء الامصار اختلفوا على أن الخطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تأثير في ذلك . وأما اختلافهم أولا في هل للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب أو ليس لها تأثير * فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ثبت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعا بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيرا في النصاب والقدر الواجب أو في القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعا بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الانتم خصص لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فبادون خمس ذود من الابل صدقة أما في الزكاة عند مالك وأصحابه اعني في قدر الواجب وأما في الزكاة والنصاب معا عند الشافعي وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشر يمكن قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب الانتم خصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اعني ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد وأما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لنظر الخلطة هو اظهر في الخلطة فسهامته في الشركة واذا كان ذلك كذلك قوله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعا بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعا بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشر يمكن ليس يتصور بينهما تراجع إذ المأخوذ هو من مال الشركة فن اقتصر على هذا المفهوم ولم نقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصباهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاة كل منهما زكاة الرجل

الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على مذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهم ما فيها ثلاث شياه فاذا افرقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أر بعون شاة فاذا اجمعوها كان عليهم شاة واحد فعلى مذهب النهي انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب وأما الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلا نهما أر بعون شاة فاذا افرقا غفهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيها في الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهم وراحا لو واحد وتحملا لو واحد وتسرحا لو احدى وتسقياماً وتكون غولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم وأما مالك فالخليطان عندهما اشتراك في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحل واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف أو جميعها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبي محمد بن حزم الاندلسي .

(الفصل الخامس)

(في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك)

وأجمعوا على ان الواجب في الحبوب أما ما سبق بالسماء فالعشر وأما ما سبق بالتضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعاً باجماع والصاع أر بعة امداد عبد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مدده رطل وثلاث وز بيدة بسيرة بالبغدادي واليه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول في المدانة رطلان وفي الصاع انة ثمانية أر طال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالتضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق

صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن المخصوص ينبي على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم والمخصوص متعارضان إذا جهل المتقدم فيهما والتأخر إذا كان قد ينسخ المخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالمخصوص إذا كل ما وجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور عندى المخصوص على العموم هو من باب ترجيح المخصوص على العموم في الجزء الذي تارضاه فيه فإن العموم فيه ظاهر والمخصوص فيه نص فتأمل هذا فإنه السبب الذي صير الجمهور إلى أن يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بنياناً فإن التعارض بينهما موجود إلا أن يكون المخصوص متصلاً بالعموم فيكون استثناء واحجاج أبي حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فإن الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر الواجب منه واختلوا من هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل . المسئلة الأولى في ضم الجيوب بعضها إلى بعض في النصاب . الثانية في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالحرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمرة وزرعه قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا .

(أما المسئلة الأولى) فانهم اجمعوا على أن الصنف الواحد من الجيوب والثمار يجمع جيده إلى رديته وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما اعني من الجيد والردىء فان كان الثمر أصنافاً أخذ من وسطه واختلوا في ضم القطاني بعضها إلى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطناني كلها أصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شيء إلى غيره في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها إلى الآخر لئلا يكيل النصاب * وسبب الخلاف هل المراجعة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف اسماءها فهي أصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اختلفت منافعها فهي صنف واحد وإن اختلفت اسماءها فكل واحد منهما يروى أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعني أن أحدهما يمتحج لمذهب بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه أن يكون شهادة الشرع للاسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وإن كان كلا الاعتبارين موجوداً في الشرع والله أعلم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي تقدير النصاب بالحرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الحرص في النخيل والاعتاب حين يبد صلاحها ضرورة ان يخلى بينها وبين أهلها ياكلونها رطباً وقال داود لا حرص الا في النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحباها الحرص باطل وعلى رب المال ان يؤدي عشر ما تحصيل بيده زاد على الحرص أو نقص منه * والسبب في اختلافهم في جواز الحرص معارضة الاصول للآثر الوارد في ذلك . أما الآثر الوارد في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خيبر فيحرص عليهم النخل . وأما الاصول التي تمارضه فلانه من باب المزانية المنهى عنها وهو بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر كيلا ولا نهأ بضامن باب بيع الرطب بالتمر نسبة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسبة وكلاهما من اصول الر بافلما رأى الكوفيون هذا مع ان الحرص ان الذي كان يحرص على أهل خير لم يكن للزكاة ان كانوا ليسوا باهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما يبدى كل قوم من الثمار قال القاضي اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في التسعة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الحرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي أعني في قسمة الثمار لافي قسمة الحب . واما بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود فاعلم الحرص لموضع النصب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أنها قالت وهي تدكر شأن خير كان النبي صلى الله عليه وسلم : يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيحرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وحرص الثمار لم يخرججه الشيخان وكيفما كان فالحرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكاه عنه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على اهل الذمة ليس يجب أن يكون حكماً على المسلمين الابدال والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الحرص بيناً والله أعلم وحديث عتاب بن أسيد هو انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان احرص العنب وآخذ زكاته زبيياً كما تؤخذ زكاة النخل ثم اوجد حديث عتاب بن أسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود وحرص العنب واختلف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز حرصه * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو الثمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو ان الزبيب لا الحب قياساً على التمر وان الزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يتزبيب والزيتون

الذى لا ينصر أرى ان يؤخذ منه حياً .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فان مالكا وأبا حنيفة قالوا يحسب على الرجل ما كل من عمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ماياً كل هو وأهله والسبب في اختلافهم ما يمرض الا تار في ذلك من الكتاب والقياس أما السنة في ذلك فارواه سهل بن أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم: بعث أبا حنيفة خارصاً فجاءه رجل فقال يا رسول الله ان أبا حنيفة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك زعم انك زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عربة أهله وما يطعمه المساكين وما تنقطع الرمح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال خففوا في الخرص فان في المال العربية والاكلة والوصية والعامل والنائب وما وجب في الثمر من الحق . وأما الكتاب المعارض لهذه الآثار والقياس فقولُه تعالى « كما ومن عمره اذا أنعموا وأوحته يوم حصاده » وأما القياس فلانه مال فوجب فيه الزكاة أصلاً سائر الاموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الاجناس الثلاثة التي الزكاة مخرجة من أعيانها لم يخلقوا انها اذا خرجت من الاعيان أنقسموا انها محزبة واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل المين القيمة أو لا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيمة في الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الاعيان لم يحز لانها اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المتأمر بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لان قول وان سلمنا انها حق للمساكين إن الشارع إنما علق الحق بالعين قصد امته لتتبرك الفقراء مع الاغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهلاً على أرباب الاموال لان كل ذي مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذي بين يديه ولذلك جاء في بعض الآثار انه جعل في الدية على أهل الحال حلالاً على ما يأتي في كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس في نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما انخدمتها للبيع خاصة على ما يقدر

قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتلفات ورؤوس الاموال وكذلك الحول في العروض عند الذين أوجبوا الزكاة في العروض فان مال السكاقل اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التأخر الذي تنضبط له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فاذا بلغه الجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته وسواء نض له في عامه شيء من العين أو لم ينض بلغ نصابا أو لم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه في العروض شيء ففهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذي شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر بذلك وقال المنزفي زكاة العروض تكون من أعيانها لا من أثمانها وقال الجمهور الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري والاوزاعي وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وأنه من اشترى عرضا للتجارة فخل عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل زكى ثمنه الذي ابتاعه به لاقيمته وأعمالهم بوجوب الجمهور على المدير شيئا لأن الحول انما يشترط في عين المال لا في نوعه وأما مالك فشبه النوع ههنا بالعين لثلاث سقط الزكاة رأسا عن المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائدا أشبه منه بان يكون شرعا مستتباً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالنياس المرسل وهو الذي لا يستند الى أصل منهصوص عليه في الشرع الا ما فعل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى أصول منهصوص عليها.

﴿ الجملة الرابعة في وقت الزكاة ﴾ وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والمناسية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولا تنساره في الصحابة رضى الله عنهم ولا تنسار العمل به ولا اعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون الا عن توقيف وقدر روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول وهذا يجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه في الصدر الاول خلاف الامار وروى عن ابن عباس ومعاوية * وسبب الاختلاف انه لم يرد في ذلك حديث ثابت واختلقوا من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة، إحداها هل

يشترط الحول في المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر، الثانية في اعتبار حول ربح المال، الثالثة حول القوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة، الرابعة في اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة، الخامسة في اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيه الزكاة، السادسة في حول فائدة المشاية، السابعة في حول نسل الغنم اذا قلنا انها تنضم الى الامهات إما على رأى من يشترط أن تكون الامهات نصاباً وهو الشافعى وأبو حنيفة وإما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك، والثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول.

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهي المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول * وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما يخرج به الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنين فن شبهه بما يخرج به الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم.

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعى ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصاباً أو لم يكن وهو مروى عن عمر ابن عبد المز يزانه كتب ألا يمرض لارباح التجار حتى يحول عليه الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصاباً أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصاباً قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من ائمتها إلا أصحابه وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الخائل عليه الحول نصاباً أو لا يكون فقالوا ان كان نصاباً زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصاباً لم يزك ومن قال بهذا القول الاوزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة * وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصاباً ولذلك يضاف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك وبشءه أن يكون الذى اعقده مالك رضى الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم يختلف أيضاً فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي حول القوائد فانهم أجمعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد

ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في القوائد قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري القوائد كلها تركي بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم * وسبب اختلافهم هل حكم حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعنى مالا فيه زكاة قال لازكاة في القائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول يقتضى أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبا حنيفة اعتمد في هذا قياس الناض على الماشية ومن أصله الذي يعقده في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل أن يوجد نصابا في طرفه فقط وبعضاً منه في كله فمنده أنه اذا كان مال في أول الحول نصاباً ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا في آخر الحول صار به نصاباً لأنه يجب فيه الزكاة وهذا عند موجود في هذا المال لأنه لم يستكمل الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن الن في طرفي الحول نصابا وانظر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يز يد ولا ينقص لا يربح ولا يفقد ولا يغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقي حولا عند المالك لم يتغير عند فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال. وأما من رأى ان اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم القوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده في أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها في آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكانه اعتبر أيضاً طرفي الحول على مذهب أبي حنيفة وأخذ أيضاً ما اعتمد أبو حنيفة في قائدة الناض القياس على قائدة الماشية على ما قلناه.

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوماً قالوا يستبر ذلك فيه من أول ما كان ديناً تركه لمدة ذلك ان كان حولا وحول وان كان أحوالا فاحوال أعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لمدة تلك الاحوال وقوم قالوا تركه لتمام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول. وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بإيجاب الزكاة في الدين ومن

قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي أقام فصير الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستند في وقتي هذا لانه لا يخلو ما دام ديناً أن يقول ان فيه زكاة أولاً يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحول أولاً يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبه مالك بالمر وض التي للتجارة فانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبه ما بالماشية التي لا يأتي الساعي اعواما اليها ثم يأتي فيجد هاقداً نقصت فانه يزكي على مذهب مالك الذي وجد فقط لانه لم أن حال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان يحج الساعي شرطاً عنده في اخر اجامع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به في الاعوام السابقة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت محتاجة فيه الزكاة وهو شئ مجرى على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ، وأما الشافعي فبراهضاً لانه ليس يحج الساعي شرطاً عنده في الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لا يجوز أن يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فقدم الامام أو عديم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة في ذلك انه ان هلك بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شئ عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني أن من الديون عنده ما يزكي لمام واحد فقط مثل ديون التجارة، ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون الموارث ، والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بفرضنا .

﴿المسئلة الخامسة﴾ وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض
 ﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهب في فوائد الناض وذلك انه يبني القائدة على الاصل اذا كان الاصل نصاباً كما فعل أبو حنيفة في قائدة الدراهم وفي قائدة الماشية فابو حنيفة مذهب في الفوائد حكم واحد أعني انها تنبئ على الاصل اذا كانت نصاباً كانت قائدة غنم أو قائدة ناض والارباح عنده والنسل كالقوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأقسامهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد أيضاً باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصاباً فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء

الفقهاء الثلاثة وكأنه انفارق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعني ان الرمح شبه بالنسل والقائمة بالقائمة وحديث عمر هذا هو أنه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب

﴿المسئلة السابعة﴾ وهي اعتبار حول نسل القم فان مال ك قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال .

﴿وأما المسئلة الثامنة﴾ وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مال ك منع ذلك وجوزه أبو حنيفة والشافعي * وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين فن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يحز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي عليه الصلاة والسلام: استسلف صدقة العباس قبل عملها .

﴿الجملة الخامسة فمبن تجب له الصدقة﴾ والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم ، الثاني في صفتهم التي تقتضي ذلك ، الثالث كم يجب لهم

(الفصل الاول)

فاما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مستثنين ، احدهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجوز للامام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر من صنف واحد اذ رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بل يسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضي القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضي أن يؤثر بها أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الحاجة فكان تعديدهم في الآية عنده هؤلاء الثمانية ورتبهم بالجنس أعني أهل الصدقات لا تشر بكم في الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الجهة للشافعي ما رواه أبو داود عن الصدائي أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له

رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها
خبر أهلها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقل .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لا مؤلفة
اليوم وقال الشافعي وأبو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذ ارأى الامام ذلك وهم الذين
يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم
أو عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام في كل أحواله أو في حال دون
حال أعنى في حال الضعف لافي حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة الى المؤلفة الا في حالة
الاسلام وهذا كما قلنا الخفات منها الى المصالح .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذي هو ضد
الغنا لقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين » واختلّفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة
من الذي لا تجوز وما مقدار الغنا المحرم للصدقة فاما الغنى الذي تجوز له الصدقة فان الجمهور على
انه لا تجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمس الذي نص عليهم النبي عليه الصلاة والسلام
في قوله: لا تحل الصدقة لغنى الا الخمسة ، لماز في سبيل الله ، أو لعامل عليها ، أو لدارم ، أو لرجل له
جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن النسيم انه لا يجوز أخذ
الصدقة لغنى أصلاً مجاهداً كان أو عاملاً والذين أجازوها للعامل وان كان غنياً أجازوها
للقضاة ومن في معانهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يحز ذلك فقياس ذلك عنده هو
أن لا تجوز لغنى أصلاً * وسبب اختلافهم هو هل الملة في إيجاب الصدقة للاصناف
المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص
عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر
المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنا الذي يمنع من الصدقة
فذهب الشافعي الى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى
أن الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين ساهم النبي عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله في حديث
معاذله فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم وإذا كان
الاغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد
انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوي

فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو القنا ومن قال معنى لغوى اعتبر في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رأى أن أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رأى أنه غير محدود وأن ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والامكنة والأزمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع إلى الاجتهاد وقد روى أبو داود في حديث الغنا الذي يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفي أثر آخر أنه ملك أوقية وهي أر بمون درهماً وأحسب أن قوماً قالوا بهذا إلا أن نرى في حد الغنا واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما قتال قوم الفقير أحسن حالاً من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالاً من الفقير وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد أقواله وفي قوله الثاني أنهما اسمان دالان على معنى واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى أن لم تكن له دلالة شرعية والأشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالأقل والاكثر في كل واحد منهما لأن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذي لا آخر راتب عليه. واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب قتال مالك ثم العبيد يعقهم الإمام ويكون ولائهم للمسلمين وقال الشافعي وأبو حنيفة هم المسكينون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينفذ زاده فلا يجذب ما ينفقه وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما في سبيل الله قتال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعي هو الغازي جار الصدقة وأما اشتراط جار الصدقة لأن عندنا أكثرهم أنه لا يجوز تنقيط الصدقة من بلد إلى بلد إلا من ضرورة .

(الفصل الثالث)

وأما قدر ما يعطى من ذلك أمه الثارم فيقدر ما عليه إذا كان دينه في طاعة وفي غيره عرف بل في أمر ضروري وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله إلى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله إلى مقره عند من جعل ابن السبيل الغازي واختلّفوا في مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحمد مالك في ذلك حداً وصرفه إلى الاجتهاد وبه قال الشافعي قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصيباً أو أقل من نصاب وكراه أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لا يعطى أحداً أكثر من خمسين درهماً وقال الليث يعطى ما يتابع به خادماً

إذا كان ذاعبال وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنائى مربيعة من لا تحوز له الصدقة لأن ما حصل لمن ذلك المال فوق القدر الذى هو به من أهل الصدقة صار فى أول مراتب الغنائى وحرام عليه وإنما اختلفوا فى ذلك لاختلافهم فى هذا القدر فهذه المسئلة كأنها بنيت على معرفة أول مراتب الغنائى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء وإنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن نثبت فى هذا الكتاب وإن تذكرنا شيئاً مما يشاء كل غرضنا الحقناه به إن شاء الله تعالى .

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾

والكلام فى هذه الزكاة يتعلق بفصول ، أحدها فى معرفة حكمها ، والثانى فى معرفة من تجب عليه ، والثالث كم تجب عليه ومما ذاتجب عليه ، والرابع متى تجب عليه ، والخامس من تجوز له .

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما زكاة الفطر فإن الجمهور على أنها فرض وذهب بمض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هى منسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك أنه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب فى فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام إذا لم يجد له لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الأعرابى المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غير ما قال إلا أن تطوع فذهب الجمهور إلى أن هذه الزكاة داخلية تحت الزكاة المقرضة وذهب الغير إلى أنها غير داخلية واحتجوا فى ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عباد أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمر نابه قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم يؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نقوله .

﴿ الفصل الثانى ﴾

افمن تجب عليه وعن تجب وأجمعوا على أن المساكين مخاطبون به إذ كرنا كانوا أو أئنا صغار وكبار أعيد أو أحرار الحديث ابن عمر المتقدم الأما شذ فيه الليث فقال ليس على أهل

العمود زكاة القطر وانما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شذأ من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عن نجب فانهم اتفقوا على انها نجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لازكاة مال وأنها نجب في ولده الصغار عليه اذ لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذ لم يكن لهم مال واختلقوا فيما سوى ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عن أمره الشرع النفقة عليه وواقفه في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وخالفهم أبو نؤور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يترك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر والجمهور على انه لا نجب على المرء في أولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن ملى على الاب وان أعطاها من مال الابن فهو ضمان وليس من شرط هذه الزكاة الفنا عند أكثرهم ولا نصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة وأصحابه لا نجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع أن تجوز له وان نجب عليه وذلك بين والله أعلم وانما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لا يجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا أن عملة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المتفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من يتفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نهى على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها وجوب النفقة فذهب مالك الى أن العملة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العملة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقدر روى مرفوعا: أدوا زكاة القطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور، واختلفوا من العبد في مسائل: أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال وذلك مبني على انه يملك أو لا يملك ، والثانية في العبد الكافر هل يؤدي عنه زكاة أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه والسبب في اختلافهم اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها فاعف فكون ابن عمر ايضا الذي هو راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبد الكفار وللخلاف أيضا سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لكان أن العبد مكلف او انه مال فن قال لكان انه مكلف اشترط

الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخر اجها عن نفسه بخلاف الكفارات، والثالثة في المكاتب فان مال الكا و أبور قال يؤدي عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لازكاة عليه فيه * والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد، والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن على السيد فهم زكاة الفطر وقال أبو حنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبدية تنضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصوص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبيد وفرع هذا الباب كثيرة .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما ما ذنحب فان قومًا ذهبوا إلى أنها تنحب اما من البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط وأن ذلك على التخيير للذي تنحب عليه وقوم ذهبوا إلى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المذهب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدري انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أي اخرج من هذه أجزأ عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالنول الثاني وأما كم يجب فان العلماء اختلفوا على أنه لا يؤدي في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدي من التمع فقال مالك والشافعي لا يحزى منه أقل من صاع وقال أبو حنيفة وأصحابه يحزى من البر نصف صاع * والسبب في اختلافهم تمارض الآثار وذلك انه جاء في حديث أبي سعيد الخدري انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب وظاهره انه أراد بالطعام التمع وروى الزهري أيضاً عن أبي سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين أو صاعاً من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه أبو

داود وروى عن ابن المسيب انه قال: كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر فمن أخذ به هذه الأحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبي سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب إخراج زكاة الفطر فاتهم انفقوا على انها يجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه يجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه أشهب انها يجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة وبالثاني قال الشافعي وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل يجب عليه أم لا يجب .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فاجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أغنهم عن السؤال في هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم * وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معاً فمن قال الفقر والاسلام لم يحزها الذميين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم في أهل الذمة الذين تجوز لهم أن يكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الأموال لا تجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام: صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلي الله على محمد وآله وسلم تسليما

﴿ كتاب الحج ﴾

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجناس ، الجنس الأول ، يشغل على الأشياء التي تجري من هذه العبادة بجري المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة ، الجنس الثاني في الأشياء التي تجري منها بجري الأركان وهي الأمور المعمولة أنفسهم والأشياء المتركة : الجنس الثالث في الأشياء التي يجري منها بجري الأمور اللاحقة وهي أحكام الأفعال وذلك أن كل عبادة فإنها توجد مشقة على هذه الثلاثة الأجناس .

(الجنس الأول) وهذا الجنس يشغل على شيئين على معرفة الوجوب وشر وطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » وأما شرط الوجوب فإن الشرط شيان شرط صحة وشرط وجوب فاما شرط الصحة فلا خلاف بينهم أن من شرط طه الاسلام إذا أصبح حج من ليس بمسلم واختلوا في صحة وقوعه من المبي فذهب مالك والشافعي إلى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة * وسبب الخلاف ما روضة الأثر في ذلك للأصول وذلك أن من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور بخرجه البخاري ومسلم وفيه أن امرأة رفعت إليه الصلاة والسلام صبيها فقالت ألهذا حج يا رسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الأصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك في صحة وقوعهما من الطفل الرضيع وينبغي أن لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة عنه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع إلى العشر وأما شرط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى « من استطاع إليه سبيلا » وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تنصير على نوعين مباشرة وتبعية فاما المباشرة فلا خلاف عندهم أن من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الأمن واختلوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة واحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب أن من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المتى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد

عنده من شرط الاستطاعة اذا كان عن يمينه الا كتب في طريقه ولو بالسؤال والسبب في هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولله قوة على الاكتساب في طريقه وانما اعتقد الشافعي هذا الرأي لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجحلاً فوردت السنة بتفسير ذلك الحمل انه ليس ينبغي العدول عن ذلك التفسير وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبي حنيفة انه لا يلزم النيابة اذا استطاعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعي انها تلزم فيلزم على مذهبه الذي عنده مال يقدر أن يحج به عنه غير اذا لم يقدر هو وبدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالمعصوب وهو الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذي يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للأثر وذلك ان القياس يقتضي ان العبادات لا يتوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلي أحد عن أحد باتفاق ولا يزكي أحد عن أحد. وأما الاثر اما ارض لهذا الحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأته من ختم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فريضة الله في الحج على عباده ادركت أي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحى وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضاً خرجه البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمي نذرت الحج فأتت أفأحج عنها قال حجي عنها أرايت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف في وقوعه فرضاً واختلوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتاً هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى أن ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لا يقع وذهب آخرون الى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعي وغيره انه ان حج عن غيره لم يقض فرض نفسه اقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم مع رجلين يقول: ليك عن شربة قال ومن شربة فقال أخى أو قال قريبى قال أفحجبت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك

ثم حج عن شبيعة والطائفة الأولى عانت هذا الحديث بأنه قد روى موقوفاً على ابن عباس واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالان وقع ذلك جاز ولا يجوز ذلك أبو حنيفة وعمدته أنه قرأه إلى الله عز وجل فلا يجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الأولى إجماعهم على جواز الاجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قرينة والاجارة في الحج عند مالك نوعان، أحدهما الذي يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذي يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فإن قص ما أخذته عن البلاغ وقام ما يبلغه وإن فضل عن ذلك شيء مرده، والثاني على سنة الاجارة أن قص شيء وقاد من عنده وإن فضل شيء فله والجهرور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأوجه عليه بعض أهل الظاهر فيدمر معرفة على من تجب هذه القرينة ومن تقع . وأما من يجب قانهم اختلفوا هل هي على الفور أو على التراخي والقولان متوالان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه أنها على التراخي والبول أنها على الفور قال البغداديون من أصحابه واختلف في ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه والمختار عندهم أنه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدته قال هو على التوسعة أن الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لينتهى وحجة القرينة الثاني أنه لما كان مخصوصاً بوقت كان الأصل تأنيماً تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والفرق عند الفرق بين الثاني بينه وبين الأمر بالصلاة أنه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فنشبه أول وقت من أوقات الحج بالطائفة على المكاف المستطيع بأول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت أنه ينقضي بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضي وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلي مؤدياً بما يحجب هؤلاء بالتردد الذي يلحق المكلف بتأخيرها إلى عام آخر بما يغلب على الظن من إمكان وقوع الموت في مدة من عام وروى أنه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت إلى آخره لأن الغالب أنه لا يموت أحد في مقدار ذلك الزمان إلا نادراً أو ربما قالوا إن التأخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي يؤدي فيه الصلاة والتأخير هنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبهه في هذا الأمر المطلق وذلك أن الأمر المطلق عندهم يقول أنه على التراخي ليس يؤدي التراخي فيه إلى دخول وقت لا يصح فيه وقوع الأمور فيه كما يؤدي التراخي في الحج إذا دخل وقته فأخره

للكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الامر هل هو على القور أو على التراخي كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها زوج أو ذوو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب * وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المرأة ثلاثا لا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وبأى شيء يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقي من هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور وأبو عبيد واثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هي سنة وقال أبو حنيفة هي تطوع وبه قال أبو ثور وداود فمن أوجبها الحج بقوله تعالى (وأعوا الحج والعمرة لله) وبآثار مروية منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال: دخل اعرابي حسن الوجه ايض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الا سلام يا رسول الله فقال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتمتع وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا عمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنتان حجة وعمرة فمن قضاهاما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: الحج والعمرة فرضتان لا يضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريضة الثانية وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فلا حديث المشهورة ثابتة الواردة في تعدي فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام فان في بعض طرقه وان يحج البيت ويربما قالوا ان الامر بالانعام ليس يقتضي الوجوب لان هذا يخص السن والفرائض

أعنى إذا شرع فيها أن تم ولا تطمع * واحتج هؤلاء أيضاً أعنى من قال أنها سنة بما رآها من حديث الحاج بن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي قال لا ولأن تمر خيبرك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال أنها تطوع بما روى عن أبي صالح الحنفي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحاج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فبسبب الخلاف في هذا هو متعارض الآخر في هذا الباب وتردد الأمر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿القول في الجنس الثاني﴾

(وهو تعريف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المشتركة فيها) وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف أفراد وتجمع وقران وهي كلها تشمل على أفعال محدودة في أمكنة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشتت في تلك الأفعال ولكل هذه أحكام محدودة أما عند الإخلال بها وأما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولاً إلى القول في الأفعال وإلى القول في التروك وأما الجنس الثالث فهو الذي يضمن القول في الأحكام فليبدأ بالأفعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الأربعة الأنواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فليبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير إلى ما يخص واحداً واحداً منها فنقول إن الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذي يسمى الإحرام.

﴿القول في شروط الإحرام﴾

والإحرام شروطه الأول المسكان والزمان أما المكان فهو الذي يسمى مواقيت الحج فليبدأ بهذا فنقول إن العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التي منها يكون الإحرام أما لاهل المدينة فذوالخليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلمن ثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره * واحتلوا في ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعي والثوري أن أهلوا من العتيق كان أحب * واحتلوا فيمن أقته لم فقال طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي أقت لاهل العراق ذات عرق والعتيق وروى ذلك

من حديث جابر وابن عباس وعائشة: وجعلوا العلماء على أن من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يجرم الا بعدها ان عليه دما وهو لا منهم من قال ان رجوع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجوع به قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حججه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمره وهذا يذكر في الاحكام وجعلوا العلماء على أن من كان منزله دون مقيقات احرامه من منزله واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك وإسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الحديث المتقدمه وانما السنة التي سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضي أن لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا في ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم ومن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء * وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مريض هذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يرد هما مريض فقال قوم كل من مريضهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردده مثل الخطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لمريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما أهل مكة فاتهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد . وأما من يحرم بالحج أهل مكة فتبيل اذا رآوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى معنى فهذا وميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة .

﴿ القول في ميقات الزمان ﴾

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة بإتفاق وقال مالك ثلاثة الأشهر كلها محل للحج وقال الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة وقال أبو حنيفة عشرة فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب أن يطلق على جميع أيام ذي الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذو

القدمة ودليل الطريق الثاني اقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث باقضاء افضله الواجبة وفائدة الخلاف تأخر طواف الاقضية الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صرح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي بنقذ احرامه احرام عمره فن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعقد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى احرم انعقد احرامه لانه مأمور بالانتماء وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت فظيرتها اقلبت الى النظر مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكرر واختفوا في تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاث في السنة الواحدة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تركه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالحرم الى حين احلاله وهي افعال الحج كلها وتركه ثم نقول في أحكام الاختلال بالتروك والافعال وليندأ بالتروك.

﴿ القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الأمور المباحة للحلال ﴾

والاصل في هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تلبسوا القميص ولا العمامة ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس فانفق العلماء على بعض الاحكام الواردة في هذا الحديث واختفوا في بعضها فاما اتفقوا عليه انه لا يلبس المحرم قميصاً ولا شيئاً مما ذكر في هذا الحديث ولما كان في معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعني تحريم لبس المخيط وانه لا بأس للمرأة أن يلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختفوا في مجبذ غير السراويل هل له

لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وإن لبسها اقتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه إذ لم يجد أزاراً وعدهم ذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستنابها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استناب في لبس الخفين وعده الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: السراويل لمن لم يجد الأزار والخلف لمن لم يجد الثعلين وجمهور العلماء على إجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد الثعلين وقال أحمد جاز لمن لم يجد الثعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذاً بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلقوا فمن لبسهما مقطوعين مع وجود الثعلين فقال مالك عليه القدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا قدية عليه والقولان عن الشافعي وسند كرهذا في الأحكام وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر: لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس واختلقوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فنه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه القدية وحجة أبي حنيفة ما أخرجه مالك عن علي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن إحرام المرأة في وجهها وإن لها أل تغطي رأسها وتستشعرها وإن لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سداً خفيفاً تستتر به من نظر الرجال إليها كنعوماروى عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا مر بنا ركب سد لنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا وإذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن إلا ما رواه مالك عن قاطمة بنت المنذر أنها قالت كنا نخرم وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلقوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لا يخرم رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن مافوق الذقن من الرأس لا يخرمه المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه أنه إن فعل ذلك ولم يزعم مكانه اقتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يخرم المحرم وجهه إلى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص واختلقوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك إن لبست المرأة القفازين اقتدت ورخص فيه الثوري وهو مروى عن عائشة والحجة لما ذكره أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه نهى عن القفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعاً عن ابن عمر ومحممه بعض رواة الحديث أعني رفعه

الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم وانما قسم في اللباس وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته . وأما الشيء الثاني من المستروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كونه يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال احرامه واختلّفوا في جواز له للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبق من أثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم وأجازة آخرون وبمن كرهه مالك ورأه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وبمن أجازة أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة مالك رحمه الله من جهة الأثر حديث صفوان بن يحيى ثبت في الصحيح وفيه أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بحية مضغخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تمضغ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال ابن السائل عن العمرة آتياً فأنس الرجل فأتى به فقال عليه الصلاة والسلام: أما الطيب الذي بك فاعمله عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ما شئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفتنه هو الذي ذكرت وعمدة القريبي الثاني ما رواه مالك عن عائشة أنها قالت كنت أطيّب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحرامه قبل أن يحرم ولعله قبل أن يطوف بالبيت واعتل القريبي الأول بما روى عن عائشة أنها قالت وقد بلغنا أنكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله أبا عبد الرحمن طيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرماً قالوا وإذا طاف على نسائه اغتسل قائم يبق عليه أثر يريح الطيب لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الاجتماع قد انعقد على أن كل ما لا يجوز للمحرم ابتدأه وهو محرّم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرّم فوجب أن يكون الطيب كذلك فيسبب الخلاف تعارض الآثاري في هذا الحكم . وأما المتروك الثالث فهو بحاممة النساء وذلك أنه أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج . وأما المنوع الرابع وهو التواء الثفت وإزالة الشعر وقتل القمل ولكن انفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلّفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدة ابن عبد الله بن عمر كان لا ينسل رأسه وهو محرّم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما روى مالك عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمصور بن مخزومة اختلفا بالأبواء فقال عبد الله ينسل المحرم رأسه وقال المصور لا ينسل

الحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري قال فوجدته يغتسل بين
القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا قتل عبد الله بن جبير أرسلني إليك
عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم
فوضع أبو أيوب يده على الثوب فتطأ حتى يد إلى رأسه ثم قال لا نسان أصيب فصب على
رأسه ثم حرك رأسه يده فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيد الماء الاشتار واه مالك في الموطأ
وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة والحجة لاجتماعهم على أن الحرم ممنوع من
قتل القمل وتنف الشعر والقاء الثفت وهو الوسخ والغاسل رأسه هو أمان أن يفعل هذه كلها أو
بعضها وافقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وأبو حنيفة أن فعل ذلك اقتدى وقال
أبو ثور وغيره لا شيء عليه واختلوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى أن على من دخله
القعدة وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول
الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن أن يكره دخوله لأن الحرم منهي عن القاء الثفت . وأما
الحظور والحامس فهو الاصطياد وذلك أيضاً مجمع عليه لقوله سبحانه « وحرم عليكم صيد البر
مادهم حرماً » وقوله تعالى « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرمة » وأجمعوا على أنه لا يجوز له صيده ولا
أكل ما صاده ومنه واختلوا إذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال، قول أنه
يجوز له أكله على الإطلاق وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير، وقال قوم هو
محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلي وعمر وبه قال الثوري، وقال مالك ما لم يصد
من أجل الحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على الحرم
وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك، فأحدها ما خرجه مالك من حديث أبي قتادة
أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحابه
محرمين وهو غير محرم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فدال أصحابه أن يناولوه سوطه
فأبوا عليه فسالهم رحمه فأبوا عليه فاخذته ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدر كوارس رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك
فقال: انما هي طعمة أطعمكم الله وجاء أيضاً في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي
أن عبد الرحمن التميمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له ظبي وهو راقد
فأكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكانا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحديث الثاني حديث ابن عباس خرج به أيضاً مالك أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً وهو بالابواء أو بواد فرده عليه وقال انلم برده عليك إلا أنا حرم وللأختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما على الأحراد فنأخذ بحديث أبي قتادة قال إن النهي إنما يتعلق بالأكل مع القتل ومن أخذ بحديث ابن عباس قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على الأحراد فمن ذهب في هذه الأحاديث مذهب الترجيح قال أما بحديث أبي قتادة وأما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الأحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكد واذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد في الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثوري وزفر وجماعة إذا اضطرأكل الميتة ولحم الحنز يردون الصيد وقال أبو يوسف يصيدوناً كل وعليه الجزاء والاول أحسن للذين يرون قول أبي يوسف أقيس لأن تلك محرمة لغيرها والصيد محرم لغرض من الأغراض وما حرم لمصلحة أخف مما حرم لمعينة وما هو محرم لمعينة أغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على أنها من محظورات الأحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فإن نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بان ينكح المحرم وإن ينكح * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المأثور لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح مقيمة وهو محرم خرج به أهل الصحيح إلا أنه عارضته آثار كثيرة عن مقيمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويته عن أبي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الأصم ويمكن الجمع بين الحديثين بأن يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم. وأما ما قيل من أنه فسند كرهه عند ذكرنا أفعال الحج وذلك أن المعقر يحمل إذا طاف وسعى وحلق واختلفوا في الحاج على ما سألني بعدوا وقد قلنا في ترك المحرم قلن في أفعاله .

﴿ القول في أنواع هذا النسك ﴾

والحرمون إما محرم بعمر مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمره وهذا ضربان
أما مقسم وأما قارن فينبغي أولاً أن نحدد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفصل الحرم
في كلها وما يخص واحداً أو أحداً منها إن كان هنالك ما يخص وكذلك فعل فيما بعد الإحرام
من أفعال الحج .

﴿ القول في شرح أنواع هذه المناسك ﴾

ف نقول إن الأفراد هو ما يترى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب أن نبدأ أولاً بصفة التمتع
ثم نردف ذلك بصفة القران .

﴿ القول في التمتع ﴾

ف نقول إن العلماء اتفقوا على أن هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع
بالعمره إلى الحج فما استيسر من الهدى) هو أن يهل الرجل بالعمره في أشهر الحج من الميقات
وذلك إذا كان مسكبه خارج الحرم ثم يأتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق
في تلك الأشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الأشهر بعينها
من غير أن ينصرف إلى بلد إلا ما روى عن الحسن أنه كان يقول هو متع وان عاد إلى بلده ولم
يحج أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه في قوله تعالى (فمن تمتع بالعمره إلى الحج فما استيسر
من الهدى) لأنه كان يقول عمره في أشهر الحج متعة وقال طاووس من اعتمر في غير أشهر الحج
ثم أقام حتى يحج وحج من عامه أنه متمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضري المسجد
الحرام فهو متمتع واختلفوا في المسكن هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا أنه يقع منه اتفقوا
على أنه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واختلفوا فيه
هو حاضر بالمسجد الحرام بمن ليس هو فقال مالك حاضر والمسجد الحرام هم أهل مكة وذو
طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم إلى مكة وقال
الشافعي بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أهل المواقيت وقال أهل الظاهر من كان
ساكن الحرم وقال الثوري هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول إن حاضري المسجد الحرام
لا يقع منهم الفتح وكره ذلك مالك * وسبب الاختلاف اختلاف ما يدل عليه اسم حاضري
المسجد الحرام بالأقل والاكثر ولذلك لا يشك أن أهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام

كما لا يشك أن من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع
بصحله بين النسكين وستوسط السفر عنمرة ثانية إلى النسك الثاني الذي هو الحج وهنا نوعان من
التمتع اختلف العلماء فيهما، أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل النية من الإحرام بالحج
إلى العمرة فجمهور العلماء بكون ذلك من الصدر الأول وقتها إلا مصابرو ذهب ابن عباس
إلى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه
عام حج فسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لو استقبلت من أمري
ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وأمر لمن لم يسق الهدي من أصحابه أن يسخ
أهله في العمرة وبهذا عكس أهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لا محاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث
ابن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا
خاصة وهذا لم يصح عند أهل الظاهر محجة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر أنه قال
ممتنان كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء
ومتعة الحج وروى عن عثمان أنه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبو ذر ما كان
لاحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يسخفه في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتوا الحج والعمرة
لله والظاهر به على أن الأصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على
أنه خاص فبسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص . وأما
النوع الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب إليه ابن الزبير أن التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المحصر
بمرض أو عدو وذلك إذا خرج الرجل حاجا فلبسه عدو أو أمر نذر به عليه الحج حتى تذهب
أيام الحج فيأتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يمتع محله إلى العام المقبل ثم
يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذطا وس أيضا فقال إن المكى
إذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء في أنشأ عمرة في غير أشهر الحج ثم
عملها في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فإن كان حل
في أشهر الحج فهو تمتع وإن كان حل في غير أشهر الحج فليس بتمتع وبقرب منه قال أبو
حنيفة والشافعي والثوري إلا أن الثوري اشترط أن يوقع طوافه كله في شوال وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة أن طواف ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال كان متمتعا وإن
كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعني أن يكون طواف أربعة أشواط في رمضان وثلاثة في شوال

وقال أبو نورا إذا دخل في العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج وفي غير أشهر الحج لا يكون متمماً * وسبب الاختلاف هل يكون متمماً بإيقاع إحرام العمرة في أشهر الحج فقط أم بإيقاع الطواف معه ثم إن كان بإيقاع الطواف معه فهل بإيقاعه كله أم أكثره فأبو ثور يقول لا يكون متمماً إلا بإيقاع الإحرام في أشهر الحج لأن بالإحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به متمماً فالجمهور على أن من أوقع بعضها في أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشرط التمتع عند مالك ستة . أحدها أن يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد . والثاني أن يكون ذلك في عام واحد . والثالث أن يفعل شيئاً من العمرة في أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاً منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

(القول في القارن)

وأما القارن فهو أن يهل بالنسكين معاً أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم ردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه ف قيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ولو شوطاً واحداً وقيل ما لم يطف ويرك ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقى عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ما خلا منهم اتفقوا على أنه إذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة إلا الحلاق فإنه ليس بقارن والقارن الذي يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام إلا ابن الماجشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الأفراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون متمماً ولا قارناً بل أن يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أي أفضل هل الأفراد أو القارن أو التمتع والسبب في اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان مفرداً وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارناً فاختلف مالك الأفراد واعتمد في ذلك على ما روى عن عائشة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فنام أهل بعمرة ونام أهل بحج وعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو عمر بن عبد البر وروى الأفراد عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى

متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً حتى جاوراه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة والحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادي العقيق: أتاني الليلة آت من ربي فقال أهل في هذا الوادي المبارك وقال عمره في حجة خرجه البخاري وحديث مروان بن الحكم قال: شهدت عثمان وعلياً وعثمان ينهي عن التمتع وإن يجمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بيتهما ليك بعمرة وحجة وقال ما كنت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خرجه البخاري وحديث أنس خرجه البخاري أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ليك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله: من كان معه هدى فلم يلح بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا لمعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارناً وحديث مالك أيضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: أتني فقلت هدي وليدت رأسي فلا أحل حتى انحر هدي وقال أحمد لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارناً والتمتع أحب إليّ واحتج في اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام: لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى أن الافراد أفضل أن التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فهم الدم واذا قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شرط وجوبه ومتى يجب وفي أي وقت يجب ومن أي مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضاً في أنواع هذا النسك يجب أن قول في أول أفعال الحاج أو المتمر وهو الإحرام

(القول في الإحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن النسك للإهلال سنة وأنه من أفعال المحرم حتى قال ابن نواران هذا النسك للإهلال عند مالك أو كد من غسل الجمعة وقال أهل الظاهر هو واجب وقال أبو

حنيفة والثوري يحزى منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت حميس أنها ولدت محمد بن أبي بكر باليداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: مرها فتغتسل ثم تلهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور أن الأصل هو راءة الذمة حتى ثبت الوجوب بأسر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لأحرامه قبل أن يحرم ولدخوله مكة ولو قوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات اثلاث من أفعال المحرم وانفقوا على أن الاحرام لا يكون الابنية واختلقوا هل يحزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعي يحزى النية من غير التلبية وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالتكبير في الاحرام بالصلاة الا انه يحزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يحزى عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليك اللهم ليك لا شريك لك ليك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهي من رواية ذلك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصبح سندا واختلفوا في دل هي واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا في الزيادة عليه أو في تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أنا نبي جبريل فأمرني أن أمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالا هلال وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فإحكامه أبو عمر هو أن ترفع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجده منى فإنه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطّال على شرف من الارض وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الر وحاء حتى يبع حلوهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان الحج و يرى على تاركها دماً وكان غيره يراها من أركانه وحجة من رآها واجبة أن أقواله صلى الله عليه وسلم: اذا أنت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم وبهذا يحج من واجب لفظه فيها فقط ومن لم تر وجوب لفظه فاعتمد في ذلك على ما روى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك ليك ذا الماراج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئاً وما روى عن ابن عمر أنه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية

بأن صلاة يصلها فكان مالك يستحب ذلك بأن تأتية الماروي من مسله عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فإذا استوت به راحلته أهل واختلفت الآثار في الموضع الذي أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد أن صلى فيه وقال آخرون إنما أحرم حين أطل على البيداء وقال قوم إنما أهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لا يكون في هذا الاختلاف ويكون الالهلال إثر الصلاة وأجمع فقها لا مصار على ان المكى لا يلزمه الالهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم مار واه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيك تفعل هنا رأيك أم رأي أحد يفعلها فذكر منها ورأيك اذا كنت بمكة أهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل أنت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الالهلال فاني لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تبلغت به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن الخطاب كان يأمر أهل بمكة أن يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندم ان المكى لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا وما اذا كان معتمرا فانهم أجمعوا على انه يلزمه أن يخرج الى الحل ثم يخرج منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعني لأنه يخرج الى عرفة وهو وحل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يحزبه وعليه دم وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يحزبه وهو قول الثوري وأشهب وأمامتي يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا في ذلك فروى مالك ان علي بن أبي طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاعت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عمر ابن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء لا مصار وأهل الحديث أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وأبو ثور وداد وابن أبي ليلى وأبو عبيد والطبري والحسن بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتى يرى جمره العقبه لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رأى جمره العقبه الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها بأسرها الماروي عن ابن عباس ان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه لم يلب حتى رأى جمره العقبه وقطع التلبية في آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها في

أول جمرة يطبخها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع الطيبة أقاويل غير هذه إلا أن هذين القولين هما المشهوران واختلفوا في وقت قطع الطيبة بالعمرة فقال مالك يقطع الطيبة إذا انتهت إلى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي إذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها اجابة إلى الطواف بالبيت فلا ينقطع حتى يشرع في العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال الحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال أبو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا يدخل صلاة على صلاة فهذه هي أفعال الحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج وأما الفعل الذي يمهذافه الطواف عند دخول مكة فمقتل في الطواف

﴿ القول في الطواف بالبيت ﴾

﴿ والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أفعاده ﴾

﴿ القول في الصفة ﴾

والجمهور يجمعون على أن صفة كل طواف واجباً كان أو غير واجب أن يتدى من الحجر الأسود أن استطاع أن يقبله قبله أو يمس به يده ويقبلها أن أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الأشواط الأولى ثم يمشي في الأربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتمر دون المقتنع وأنه لا يرمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الأشواط الأولى للقادم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وإسحاق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين أن من جعله سنة أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئاً واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وإن ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة أن قر يشأ من الحديث قالوا إن به وأصحابه هؤلاء أقعدوا على قبيحان ينظرون إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قبل ذلك

النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا يحجبه ارموا أو ومن بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى من الحجر الاسود من الجمانى فاذا نوارى مشى وحجة الجمهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعاً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى أصول الظاهرية يجب الرملة لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن وأجمعوا على أنه لا رمى على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المقتضون لانهم قد رموا في حين دخولهم حين طافوا للتدوم واختلفوا في أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمى أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمى فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رميها اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك * وسبب الخلاف هل الرملة كان لملة أو لغيره وهل هو مختص بالسافر ام لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمى وارد أعلى مكة واقفوا على أن من سنة الطواف استلام الركنتين الاسود والجماني للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى أنه انما يستلم الركنتان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنتين فقط واحصح من رأى استلام جميعهما ما روى عن جابر قال كنت ارى اذا طفنا أن نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لا يحب أن يستلم الركنتين الا في الوزن من الاشواط وكذلك أجمعوا على أن تنبيل الحجر الاسود: خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما أنت حمر ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلك ما قبلتك ثم قبله وأجمعوا على أن من سنة الطواف ركعتين بعدا قضاء الطواف وجمهورهم على أنه يأتي بها الطائف عندا قضاء كل أسبوع ان طاف أكثر من أسبوع واحد وأجاز بعض السلف أن لا يفرق بين الاسابيع وأن لا يفصل بينها بركون ثم ركع لكل أسبوع ركعتين وهو مروي عن عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم ركع ست ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعاً وصلى خلف المقام ركعتين وقال: خذوا عني مناسككم وحجة من أجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل أسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا ركعتان المستونتان بعده فجاز الجمع بين أكثر من

ركعتين لا أكثر من أسبوعين وإنما استحب من روى أن يفرق بين ثلاثة الأسابيع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم: انصرف إلى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف أسبوعين غير وتر ثم عاد إليهما ينصرف عن وتر من طوافه .

﴿ القول في شروطه ﴾

وأما شروطه فإن منها قدم وضعه وجهور العلماء على أن الحج من البيت وإن من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وأنه شرط في صحة طواف الأفاضة وقال أبو حنيفة وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور ما رواه مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرت على قواعد إبراهيم فاتهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة أبي حنيفة ظاهر الآية . وأما وقت جوازهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال، أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجماعة، والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة، والقول الثالث إباحة ذلك في هذه الأوقات كلها وبه قال الشافعي وجماعة وأصول أدلهم راجعة إلى منع الصلاة في هذه الأوقات أو إباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فلا آثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف وما احتج به الشافعي حديث جبير بن مطعم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: يا بني عبد مناف أو يا بني عبد المطلب إن وليتم من هذا الأمر شيئا فلا تنموا أحد أطاف بهذا البيت إن يصلي فيه أي ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عينة بسنده إلى جبير بن مطعم واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع إجماعهم على أن من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي لا يجوز طواف بغير طهارة لا عمدا ولا سهواً وقال أبو حنيفة يجوز ويستحب له إلا عادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ولا يجوز له إن كان يعلم والشافعي يشترط طهارة توب الطائف كاشتراط ذلك للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهي أسماء بنت عميس: اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوف بالبيت وهو حديث

صحيح وقد يجمعون أيضاً بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق إلا بخير وعمد من أجاز الطواف بتغير طهارة أجماع العلماء على جواز السجى بين الصفا والمروة ومن غير طهارة وأنه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطه الطهر من الحدث أصله الصوم .

(القول في أفعاده وأحكامه)

وأما أفعاده فإن العلماء أجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع، طواف القدوم على مكة، وطواف الأفاضة بمسدرى جمر العقبة يوم النحر، وطواف الوداع وأجمعوا على أن الواجب منها الذى لذى فوات الحج فواته هو طواف الأفاضة وأنه المعنى بقوله تعالى « ثم ليقتضوا منهم وليوفوا انذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق » وأنه لا يجزى عنه دم ومجهورهم على أنه لا يجزى طواف القدوم على مكة عن طواف الأفاضة إذا نسي طواف الأفاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك أن طواف القدوم يجزى عن طواف الأفاضة كأنهم رأوا أن الواجب إنما هو طواف واحد ومجهور العلماء على أن طواف الوداع يجزى عن طواف الأفاضة أن لم يكن طواف طواف الأفاضة لأنه طواف بالبيت معمول فى وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الأفاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الأفاضة وأجمعوا فيها حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج إلا أن فوات الحج فاته يجزى عنه طواف الأفاضة واستحب جماعة من العلماء أن عرض لهذا أن يرسل فى الاشواط الثلاثة من طواف الأفاضة على سنة طواف القدوم من الرسل وأجمعوا على أن المكى ليس عليه الاطواف الأفاضة كما أجمعوا على أنه ليس على المقر الاطواف القدوم وأجمعوا أن من تبع بالعمرة الى الحج أن عليه طوافين، طوافاً للعمرة لحلمه منها، وطوافاً للحج يوم النحر على ما فى حديث عائشة المشهور. وأما المقر للحج فليس عليه الاطواف واحداً كما قلنا يوم النحر واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزى القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذاهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى لىلى على القارن طوافان وسعيان ورواها عن على وابن مسعود لهما فكان من شرط كل واحد منهما إذا أقر طوافه وسعيه فوجب أن يكون الأمر كذلك إذا أجمعنا فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشرطه

وعدده ووقته وصفته والذي يلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للإحرام فلتقل فيه .

* (القول في السعى بين الصفا والمروة) *

﴿ والتول في السعى في حكمه وفي صفته وفي شروطه وفي ترتيبه ﴾

* (القول في حكمه) *

أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب وإن لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد وإسحاق وقال الكوفيون هوسنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شيء على تاركه فعمدة من أوجبه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فإن الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعي عن عبد الله ابن المؤمل وايضاً أن الأصل أن أفعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى « أن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » قالوا إن معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه « بين الله لكم أن تضلوا » معناه أى لا تضلوا وضعوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت في الانصار تخرجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية لانه كان موضع ذباح المشركين وقد قيل انهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيماً لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الانواعي وصل السعى بالطواف .

* (القول في صفته) *

وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الرائي على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتي المروة فيرمي عليها حتى يبدوله البيت ثم يقول عليها تحواً مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وإن وقف أسفل المروة أجزأه

عند جميعهم ثم ينزل عن الروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذي يلي الضفا فيمل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويحتم بالروة فان بدأ بالروة قبل الصفا التي ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: نبدأ بما بدأ الله يبدأ بالصفا يريد قوله تعالى «إن الصفا والمروة من شعائر الله» وقال عطاء: إن جهل فبدأ بالروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه ليس في وقت السعي قول محمد ودقانه موضع دماء وثبت من حيث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا: يكرر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على الروة مثل ذلك .

(القول في شروطه)

وأما شروطه فاتهم اتمتعوا على أن من شرطه الطهارة من الخوض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة: افعل كل ما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا تسمى بين الصفا والمروة افرده هذه الزيادة يحكي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم أن الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف

(القول في ترتيبه)

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل والمهدي او عمرة أخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

(الخروج الى عرفة)

واما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى معنى والمبيت به ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلي بالناس معنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الاتهام أجمعوا على أن هذا الفعل ليس شرطاً في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من ملى الى عرفة وهو بها .

﴿ الوقوف بعرفة ﴾

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فاتفقوا على أنه ركن من أركان الحج وإن من قاته فمليه حج قابل والمهدي في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة : وأما صفته فهو أن يصل الإمام إلى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فإذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وإنما اتفقوا على هذا لأن هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم أن إقامة الحج هي للسلطان الأعظم أو لمن يقيه السلطان الأعظم لذلك وأنه يصلي وراءه برأ كان السلطان أو فاجر أو مبتدعاً وإن السنة في ذلك أن يأتي المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فإذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الإمام حتى يمضي صدر أمن خطبته أو بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن إذا أخذ الإمام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة إذا صعد الإمام المنبر أمر المؤذن بالأذان فاذن كالحال في الجمعة فإذا فرغ المؤذن قام الإمام يخطب ثم ينزل ويقم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبيهاً بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك أنه قال الأذان بعرفة بعد جلوس الإمام للخطبة وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زاعت الشمس أمر بالتصواء فرحلت له وأنى بطن الوادي فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى المغرب ولم يصل بينهما شيئاً ثم راح إلى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذانين وإقامتين أو بأذان واحد وإقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين وإقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد أنه يجمع بينهما بإقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجة عليه الصلاة والسلام وفيه أنه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد وإقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته أن الأصل هو أن تهرد كل صلاة بأذان وإقامة ولا خلاف بين العلماء أن الإمام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر أن صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك أجمعوا أن القراءة في هذه الصلاة سر وانها مقصورة إذا كان الإمام مسافراً واختلفوا إذا كان الإمام مكيّاً هل يقصر عن الصلاة يوم التروية وعرفة يوم عرفة بالمزدلفة ليلة النحر إن كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والأوزاعي

وجماعة سنة هذه المواضع التصغير سواء كان من أهلها أو لم يكن وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وداود لا يجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك أنهم يروون أحداً أم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الأصل المعروف أن القصر لا يجوز إلا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومعنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا ينبغي أيام الحج لاهل مكة ولا غيرهم إلا أن يكون الامام من أهل عرفة وقال الشافعي مثل ذلك إلا أنه يشترط في وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أو بعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا المدد في الجمعة وقال أبو حنيفة إذا كان أمير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمعنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة إذا صادفها وقال أحمد إذا كان إلى مكة مجتمع وبه قال أبو ثور.

﴿ وأما شرطه ﴾ فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك أنه لم يختلف العلماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة رجع فوقف بحياها داعياً إلى الله تعالى ووقف معه كل من حضر إلى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبأن لذلك دفع منها إلى المزدلفة ولا خلاف بينهم أن هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لا يعتد بوقوفه ذلك وأنه إن رجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تلك قيل طلع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلمي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث آخر رده هذا الرجل من الصحابة إلا أنه يجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل إلا أن يدفع قبل الفجر وإن دفع منها قبل الامام وبعد العيوبة أجزأه بالجمعة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلاً وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وإن دفع قبل الغروب إلا أنهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضر وهو حديث يجمع على صحته قال أنبت رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع فقلت له هل لي من حج فقال: من صلى هذه الصلاة معنا وقف هذا الموقف حتى تفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى فته وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهاراً أنه بعد الزوال ومن اشتراط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا إن وقوفه بعرفة إلى المغرب قد نبأ حديث عروة بن مضر أنه على جهة

الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال: عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف وخارج مكة متحر ومبيت واختلف العلماء في من وقف من عرفة بعرفة قليل مجته نام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لاحج له وعمدة من أبطل الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه نازم به الحجاة والخروج عن الاصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة . وأما القمل الذي على الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلتقل فيه .

* (القول في أفعال المزدلفة) *

والقول الجلي أيضاً في هذا الموضوع ينحصر في . معرفة حكمه . وفي صفته . وفي وقته . فاما كون هذا العمل من أركان الحج فالأصل فيه قوله سبحانه (فأذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفان حجة تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلقوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الأوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفتها الامصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعي ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضمفة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة ابن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من أدرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان ندأت في قبل ذلك عرفات ليلا أو نها رأ قد تم حجه وقضى فته وقوله تعالى « فإذا أنفضت من عرفات فأذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم » ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين قد أجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفي ذلك أيضاً ما يصف

احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع مما اسما لهذا الموضع وسنة الحج فيها كآذان بيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والشام في أول وقت المشاء ويلبسوا بالصبح فيها

﴿ القول في رمي الجمار ﴾

وأما الفعل الذي بعده هذا فهو رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهو المزدلفة بعدما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وأنه في هذا اليوم وهو يوم التحرري جرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعني بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمار غيرها واختلفوا بين رمي جرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد أن يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعي لا بأس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعلة صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضففة أهله وقال : لا ترموا الجرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرجه أبو داود وغيره وهوان عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء انها رمت الجرة بليل وقالت انا كنا نصنع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمي جرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه الا ما لكافاته قال أستحب له أن يريق دما واختلفوا بين لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الفجر فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رمي من الليل فلا شيء عليه وان أخرها الى الفجر فله دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه إن أخرها الى الليل أو الى الفجر ومجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لعاة الابل في مثل ذلك أعني ان يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعدما أسيت قال له : لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هر السنة ومن

خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة إنما ذلك إذا مضى يوم النحر ورموا جمرَةَ العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النحر فخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم له واليوم الذي بعده فإن هروا فقد فرغوا وإن أقاموا إلى الغد رموا مع الناس يوم النحر الأخير وهروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد إلا أن مالكاً إنما يجمع عنده ما وجب مثل أن يجمع في الثالث فيرى عن الثاني والثالث لأنه لا يقضى عنده إلا ما وجب وخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي أضيف إلى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حجته الجمرَةَ يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الاقضية وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج واختلقوا فمن قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل أن يرمي جمرَةَ العقبة فعليه القدية وقال الشافعي وأحمد ودود أبو نؤير لا شيء عليه وعندهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس يعني والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله! أشعر لحقت قبل أن انحر فقال عليه الصلاة والسلام: انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله! أشعر فنحرت قبل أن أرمي فقال عليه الصلاة والسلام: ارم ولا حرج قال فاسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أو أخر إلا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعنده مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة القدية فكيف من غير ضرور فرفع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار وعند مالك أن من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك أن ذبح قبل أن يرمي وقال أبو حنيفة أن حلق قبل أن ينحر أو يرمي فعليه دم وإن كان قارناً فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء، دم للقرآن، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمي فلا شيء عليه لأنه منصوب عليه إلا ما روى عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حججه شيئاً أو أخره فليهرق دماً وأنه من قدم إلا قاضية قبل الرمي والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعي ومن ناسه لا إعادة عليه وقال الأوزاعي إذا طاف للأقضية قبل أن يرمي جمرَةَ العقبة ثم واقع أهله أراق دماً واتفقوا على أن جملة ما رميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرَةُ العقبة بسبع وإن رمى هذه الجمرَةَ من حيث يسر من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من

وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادى لما جاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادى ثم قال من هاهنا والذي لا اله غيره رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة يرى وأجمعوا على انه بعد الرى اذ لم تقع الحصاة في العقبة وأنه يرى في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار واحد وعشرين حصاة كل جمرة منها سبع وأنه يجوز أن يرى منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى «فن تعجل في يومين فلا ثم عليه» وقد رها عندهم أن يكون في مثل حصى الخذف لماروى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام: رى الجمار يمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رى الجمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرى الثالثة ولا يقف لماروى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان: يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عند رى كل جمرة حسن لانه يروى عنه عليه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سترى الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال واختفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رماها بعد الزوال وروى عن أبى جعفر محمد بن على أنه قال رى الجمار من طلع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفو في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رى الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه لسكل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى أن يبلغ دماً بترك الجميع الا جمرة العقبة فن تركها عليه دم وقال الشافعى عليه في الحصاة دم من طعام وفي حصاتين مدان وفي ثلاث دم وقال الثورى مثله إلا انه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سمع بن أبى وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال أهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أحب مالاً همى من أركان الحج فهذه هي جملة أفعال الحج من حين الإحرام الى أن يحل والتحلل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الاقضية وتحلل أصغر وهو رى جمرة العقبة وسند ذكر ما في هذا من الاختلاف .

(القول في الجنس الثالث)

وهو الذى يتضمن القول فى الاحكام وقد نفي القول فى حكم الاختلالات التى تقع فى الحج وأعظمها فى حكم من شرع فى الحج فتمه بمرض أو بعدو أو فاته وقت القمى الذى هو شرط فى صحة الحج أو أفسد حجه بآتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للأفعال التى هى ترك أو أفعال فلتبدي من هذه بما هو نص فى الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالى رأسه قبل محل الحلق والقائه التفت قبل أن يحل وقد يدخل فى هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بأن وجوب الهدى فى هذه هو لمكان الرخصة.

(القول فى الاحصار)

وأما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) إلى قوله «فإذا أمنت من تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى» فنقول اختلف العلماء فى هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب فى اختلافهم فى حكم المحصر بمرض أو بعدو فأول اختلافهم فى هذه الآية هل المحصر هانها هو المحصر بالمدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر هانها هو المحصر بالمدو وقال آخرون بل المحصر هانها هو المحصر بالمرض. فأما من قال إن المحصر هانها هو المحصر بالمدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك «فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه» قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك قائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه «فإذا أمنت من تمتع بالعمرة إلى الحج» وهذه حجة ظاهرة ومن قال إن الآية إنما وردت فى المحصر بالمرض فإنه زعم أن المحصر هو من أحصر ولا يقال أحصر فى المدو وإنما يقال حصره المدو وأحصره المرض قالوا وإنما ذكر المرض بعد ذلك لأن المرض، صنفان صنف محصر، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فإذا أمنت معناه من المرض وأما المريق الأول فقالوا عكس هذا وهو أن فعل أبدا وفعل فى الشيء الواحد إنما يأتى لمعنيين أما فعل إذا أوقع بغيره فعلا من الأفعال وأما فعل فإذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله إذا فعل به فعل القتل وقتله إذا عرضه للقتل وإذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالمدو وحصر أحق بالمرض لأن العدو إنما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الأمر إلا فى ارتفاع الخوف من العدو وإن قيل فى المرض فباستعارة ولا يصار إلى الاستعارة إلا لأمور

بوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم الرض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير الرض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل المحصر هاهنا المنوع من الحج بأي نوع امتنع اما بمرض أو بدم أو بخطأ في العدد أو بتغير ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضرر بان إما محصر بمرض وإما محصر بدم . فاما المحصر بالمد وفاق الجمهور على انه يحمل من عمرته أو حجه حيث أحصر وقال الثوري والحسن بن صالح لا يصح الا في يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث أحصر اختلفوا في إيجاب الهدى عليه وفي موضع نحره اذا قيل بوجوده وفي إعادة ما حصر عنه من حج أو عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعي الى إيجاب الهدى عليه وبه قال أشهب واشترط أبو حنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيثما محل . وأما الإعادة فان مالكا يرى ألا إعادة عليه وقال قوم عليه الإعادة وذهب أبو حنيفة الى انه ان كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان وان كان معترا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في أن لا إعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه بالحدبية فحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شيء قبل أن يطوفوا بالبيت وقبل أن يصل اليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحد أمن الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا أن يسودلشي وعمدة من أوجب عليه الإعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحدبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضا على ان المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء * فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل ثبت القضاء بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بأمرتان غير أمر الاداء . وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت في المحصر بالمد أو على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحدبية حين أحصر وا . وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى لتحلل وإنما كان هدي يسبق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو أن لا هدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه . وأما اختلافهم في مكان الهدى عندهم أوجهه والاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحدبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم وقال غيره إنما نحره في الحل واحتج

بقوله تعالى «هم الذين كفروا وصدوا عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً أن يبلغ محله» وإنما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج ان عليه حجاً وعمره لأن المحصر قد فسخ الحج في عمرته ولم يتم واحد منهما فإذا حرم الحج المحصر بعد وعند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعي وأهل الحجاز انه لا يحمله الا الطواف بالبيت والسعي ما بين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمره لانه اذا فاته الحج بطول مرضه اقلب عمره وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعد وأعتى ان يرسل هديه ويقتدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحاج بن عمر والانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وجامعهم على أن المحصر بعدو ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهورية على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداد ولا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى أن الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بتخلف الهلل عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعدد غير المرض يحل بعمره ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمره وعليه الهدى وإعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يقف بعمره وان نكس نكساً وأصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان يبق على إحرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فان تحلل بعمره فعليه هدى المحصر لانه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه «فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتد على ظاهر الآية أن عليه هديين، هدي الحلقه عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء، وهدي بالتمتع بالعمرة الى الحج وان حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى التمتع الذي هو أحد أنواع نسك الحج . وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول ان الهدى الذي في قوله سبحانه «فان أحصرتم فما استيسر من الهدى» هو بعينه الهدى الذي في قوله فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه في غير المحصر بل هو في التمتع الحقيقي فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تختم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل

قوله سبحانه «ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام» والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره بجماع وقد قلنا في أحكام المحصر الذي نص الله عليه فلنقل في أحكام القاتل للصيد

* (القول في أحكام جزاء الصيد) *

فنعلم ان المسانين أجمعوا على أن قوله «يأبها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرمة ومن قتله منكم متعمدا فجزاءه مثل ما قتل من النعم بحكم به ذوا عدل منكم هدي بالغ السكبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما» هي آية محكمة. واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فنهاهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أو مثله فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل وذهب أبو حنيفة إلى أنه يخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشتري بها المثل ومنهاهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة تشبهها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به. وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي أن اجتزأ بحكم الصحابة مما احكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريدان الحكمين بخير ان الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشتري ب قيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوم وهو الذي يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مد من يوم وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه. واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيد أفلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلون في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك إلى أنه لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف أصحاب أبي حنيفة على

القولين جميعاً ، واختلّفوا في موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذي أصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا ففى أقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال أبو حنيفة حيث ما أطمع وقال الشافعي لا يطعم الا مساكين مكة وأجمع العلماء على أن الحرم اذا قتل الصيدان عليه الجزاء للنص في ذلك واختلّفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وإنما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه « أو لمبر وأنا جعلنا حراماً آمناً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض وجمهور فقهاء الامصار على أن الحرم اذا قتل الصيدوا كله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية ، وأما الاسباب التي دعتم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أمان شرط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فحجة أن اشتراط ذلك نص في الآية وأيضاً فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما ، وأمان أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة الا أن يشبه الجزاء عتداً لاتف الصيد باتلاف الاموال فإن الاموال عند الجمهور تضرع خطأ ونسيان لكن يمارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء قد أجاب بضمهم عن هذا أي العمد أي اشتراط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله « ذلك ليدوق وبال امره » وذلك لا معنى له لان الوبال المذكور هو في الغرامة فسواء قتله مخطئاً أو متعمداً قد ذاق الوبال ولا خلاف أن الناسي غير معاقب وأكثر ما تكرر هذه المحجة لمن كان من أصله أن الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لا دليل لمن أئتم على الناسي الا القياس * وأما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه أو المثل في القبة فإن سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القبة لكن حجة من رأى أن الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب أظهر وأشهر منه على المثل في القبة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القبة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك ، أحدها أن المثل الذي هو المعدل هو منصوب عليه في الاطعام والصيام وأيضاً فإن المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلحق له شبيه وأيضاً فإن المثل فيما لا يوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيو ان المصيد في الحقيقة شبيه الامن جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب أن يكون مثلاً في التعديل والقبة وأيضاً فإن الحكم في الشبيه قد فرغ عنه فاما الحكم بالتعديل

فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص
عليهما وعلى هذا فاني التقدير في الآية بمشابه فكأنه قال ومن قتل منكم متعمداً فعليه قمة
ما قتل من النعم أو عدل اقمية طاماً أو عدل ذلك صنيماً . وأما اختلافهم هل المتندر هو الصيد أو
مثله من النعم اذا قدر بالطعام فن قال المتندر هو الصيد قال لانه الذي لم يوجد مثله رجع الى
تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ إنما تقدر قيمته اذا عدم
بتقدير مثله أعني شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف أو اذا كان
مقتضاهما في لسان العرب التخيير . وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبها
بالكفارات ان في الترتيب باثاق وهي كفارة الظهار والقتل . وأما اختلافهم في هل يستأنف
الحكم فيه من الصحابة * فليسبب في اختلافهم دوهل الحكم شرعي غير معقول المعنى أم هذا
معقول المعنى فن قل هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فلا يس بوجد شئ أشبه به منه مثل
النمامة فانه لا يوجد أشبه به من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد
منه وبه قال مالك . وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فنبه هل الجزاء
موجه هو اتعدى فقط أو التمدى على جملة الصيد فن التمدى فقط أوجب على كل واحد من
الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التمدى على جملة الصيد قال قال عليهم جزاء واحد وهذه
المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي النصاص في الأعضاء وفي الاتمس
وستأني في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله . وتريق أبي حنيفة بين الحرميين وبين
غير الحرميين القاتلين في الحرم على جهة التعليل على الحرميين ومن أوجب على كل واحد من
الجماعة جزاء فتما نظر الى سد الذرائع فانه لو سبط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد
في الحرم صادف جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للأنف فنبه انه لا ينعض انم قتل الصيد
بالاشتراك فيه فيجب أن لا ينعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة . وأما اختلافهم في هل
يكون أحد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى
في الشرع وذلك انه لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهره أن لا يجوز الحكم بمن
يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الاصلى في الشرع
فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه . وأما اختلافهم في الموضع فسبب الاطلاق أعني
انه لم يشترط فيه موضع فن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه . وأما
من رأى ان التصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الامساكين مكة ومن اعقد
ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه

كفارة أم لا فسيبه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على الحرم لمنهم القياس في الشرع ويحق على أصل أبي حنيفة أن يمنع لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الانتم به لقوله سبحانه (أو لم ير وأنا جعلنا جرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وأما اختلافهم فمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزأين أن فسيبه هل أكله تعدنان عليه سوى تمدي القتل أم لا وإن كان تعدياً فهل هو مسأول للتمدي الأول أم لا وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل أنتم ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من يجب عليه ومعرفة القتل الذي لا جله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد قدم الكلام في أكثر هذه الأجناس وبقي من ذلك أمران، أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الأمثال في بعض المصيدات، والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك في أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بمنز وفي الأرنب بمنز وفي البربوع ببجرة والبربوع دوبيه لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهي من ذوات الكروش والمنز عند أهل العلم من المنز ما قد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المنز فالجفرة ما أكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الحفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الأرنب والبربوع لا بقومان إلا بما يجوز هدياً ونجاسة وذلك الجذع فافوقه من الضأن والثني فافوقه من الأبل والبقروحية مالك قوله تعالى «هدياً بالغ الكعبة» ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يجز به أقل من الجذع فافوقه من الضأن والثني مما سواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كبارهم وقال الشافعي يهدي صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فغنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القبيصة واختلقوا من هذا الباب في حمام مكة وغيره فقال مالك في حمام مكة شاة في حمام الحل حكومة. واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعي في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قبيصة وقال داود كل شيء لا مثل له من الصيد فلا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة ولعله ظن ذلك إجماعاً فإنه روى عن عمر بن الخطاب

ولا يخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال: في كل شيء من الطير شاة واختلّفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى في بيض النعامة عشر عن البدنة وأبو حنيفة على أصله في القيمة وواقفه الشافعي في هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة أن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعني جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حيّا ثم يموت وروى عن علي أنه قضى في بيض النعامة بأن يرسل القحل على الابل فإذا تبين لئلا حيا سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول علي والافقي كل بيضة درهمان قال أبو عمرو وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام: في بيض النعامة بصيبه الحريم منه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود أن فيه القيمة قال وفيه أرضه صيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء. واختلّفوا في الواجب عن ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه ثمرة خمير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما تصدق به من خضرة طعام أو ثمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس أن فيها ثمرة مثل قول أبي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر أن فيها شوية وهو أيضاً شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيها هو الجزاء فيه. وأما اختلافهم فيها هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فاتهم اتفقوا على أن صيد البحر مما ليس على المحرم الا الخمس القواسق المنصوص عليها. واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حراما) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه (فتقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلها القرب والحدأة والعقرب والقارورة والكلب العتور. واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول بإباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وإن كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافا ما. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أو بدبه الخاص أو من باب الخاص أو بدبه العام والذين قالوا هو من باب الخاص أو بدبه العام اختلفوا في أي عام أو بدب ذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث إشارة إلى كل سبع عاود أن ما ليس بما من السباع

فليس للمحرم قتله ولم يقتل صفارها التي لا تمدو ولا ما كان منها أيضاً لا يعدو ولا خلاف
 بينهم في قتل الحية والافعى والاسود وهو مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من
 حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل الافعى والاسود
 وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والاخبار يقتلها متواترة لكن مطلقاً لا في الحرم ولذلك
 توقف فيها مالك في الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب المقورة الا الكلب الانسى
 والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الا بقرع وقال الشافعى كل محرم
 الا كل فهو في معنى الخمس وعمدة الشافعى انه انما حرم على المحرم ما أحل للحلال وأن
 المباحة الا كل لا يجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما
 أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى . واختلفوا في
 الزنبور فبعضهم شبهه بالمعرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكابة من المعرب وبالجمل
 فالمنصوص عليها يتضمن أنواعها من الفساد فن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق
 بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبه ومن لم يرد ذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت
 طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الا بقرع فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما
 روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فبين الغراب
 الا بقرع وشذ النخعي فنع المحرم قتل الصيد الا الفأرة . وأما اختلافهم فيها هو من صيد البحر
 مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدى السمك وذلك
 بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان
 محرماً ولا خلاف بين من يحمل جميع ما في البحر في أن صيده حلال وانما اختلف هؤلاء
 فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء بأى الحكين يلحق وقياس قول أكثر العلماء
 انه يلحق بالذى عيشه فيه غالباً وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان
 البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلفوا
 في نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا فقال مالك لا جزاء فيه وانما فيه الائم فقط للنهى الوارد
 في ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء في الدوحة بقرة وفيها دونه اشاة وقال أبو حنيفة كل ما كان
 من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان نباتاً بطبعه ففيه قيمة . وسبب الخلاف
 هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهى عن ذلك في قوله عليه الصلاة

والسلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل في حكم الخالق رأسه قبل عمل الخلق

*(القول في فدية الاذى وحكم الخالق رأسه قبل عمل الخلق) *

وأما فدية الاذى فجمع أيضاً عليها الور ودال الكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن عجرة أثبت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين لكل انسان أو أنسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام في هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أى شيء تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب . فأما على من تجب الفدية فان العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أخطأ الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلافوا في أن أخطأه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة ان خلق دون ضرورة فأنما عليه دم فقط واختلافوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية بما أخطأ الاذى أن يكون متممداً أو النسي في ذلك والمقدس سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول أبي حنيفة واشتورى والليث وقال الشافعي في أحد قوله وأهل الظاهر لافدية على الناسي في اشتراط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحججه أنه إذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر وأوجب ومن فرق بين العامد والناسي فلنفرق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب في فدية الاذى فان العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التحخير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى فدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور على أن الاطعام هو لسته مساكين وأن النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياساً على صيام التمتع ونسوية الصيام مع الاطعام ولما

ورداً أيضاً في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياماً) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك لا اختلاف إلا ناري الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك مبدان بعد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضاً عن أبي حنيفة مثله وهو أصله في الكفارات. وأما ما يجب فيه القدية فاعهتوا على أنها يجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه في رأسه قال ابن عباس المرض أن يكون رأسه قروح والأذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والأذى القمل وغيره والجمهور على أن كل ما منعه الحرام من لباس الثياب المخطئة وحلق الرأس وقص الأظفار أنه إذا استباحه فعليه القدية أي دم على اختلاف بينهم في ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الأشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس في قص الأظفار شيء وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر أن منع الحرام قص الأظفار إجماع واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعي وأبو ثور إن أخذ ظفر واحد أو أطعم مسكيناً واحداً وإن أخذ ظفرين أطعم مسكينين وإن أخذ ثلاثاً فاعطيه دم في مقام واحد وقال أبو حنيفة في أحد أقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال أبو محمد بن حزم يقص الحرام أظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده القدية إلا من حلق الرأس فقط للعذر الذي ورد فيه النص واجمعوا على منع حلق شعر الرأس. واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه القدية وقال داود لا قدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين أو من لحمه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شيء إلا أن يكون اماط به أذى فعليه القدية وقال الحسن في الشعرة ممدو في الشعرتين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك في أقل من الشعر اطعام وفيما كثرة فيه فمن فهم من منع الحرام حلق الشعر أنه عبادته سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لأن القليل ليس في إزالة التمز والذى أمام موضع القدية فاختلّفوا فيه فقال مالك بفعل من ذلك ما شاء أين شاء بمكة وبغيرها وإن شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عنده مالك ههنا هو نك وليس بهدي فإن الهدى لا يكون إلا بمكة أو بغيرها وقال أبو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجوز إن لمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام

فحيث شاء وعن أبي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي أن دم الاطعام لا يحزى إلا لما كين الحرم * وسبب الخلاف استعمال قياس دم النكاح على الهدى فن قاسه على الهدى أو جب فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مسا كين الحرم وان كان مالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغير مسا كين الحرم والذي يجمع النكاح والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المسا كين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هدياوجب ان يكون حكمهما مختلفا . واما الوقت فالجمهور على ان هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياساً على كفارة اليمان فهذا هو القول في كفارة اماطة الاذى واختلوا في حلق الرأس هل هو من مناسك الحج اوهو مما يحتل به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من اعمال الحج وأن الحلق أفضل من التنصير لما ثبت من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمتصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمتصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمتصرين يا رسول الله قال للمتصرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وان سنتهن التنصير واختلوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعمر أولاً فقال مالك اخلاق نسك للحاج والمعمر وهو أفضل من التنصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعد وأمرض أو عذر وهو قول جماعة الفقهاء الا في المحصر بعدو فان ابا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا قصير وبالجملة فن حمل الحلاق أو التنصير نسكاً واجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً *

(*) القول في كفارة المتمتع *

وأما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فاستبسر من الهدى) الاية فانه لا خلاف في وجوبها وانما الخلاف في المقتع من هو وقد قدم ما في ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة أيضاً يرجع الى تلك الاجناس بعينها على من يجب وما الواجب فيها ومتى يجب ولمن يجب وفي أي مكان يجب ، فاما على من يجب فعلى المتمتع بانفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر من الهدى هو شاة واحص مالك في ان اسم الهدى قد ينطلق على الشاة قوله تعالى في جزاء الصيد هدي بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر

الى ان اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أى بقرة أدون من بقره بدنة أدون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا فى حد الزمان الذى ينتقل باقتضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع فى الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى فى أثناء الصوم وقال أبو حنيفة ان وجد الهدى فى صوم الثلاثة الايام لم يزل . وان وجدته فى صوم السبعة لم يلزمه . وهذه المسئلة ظن مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متمم * وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استقرارها وانما فرق أبو حنيفة بين الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هى عند بدل من الهدى وانسبعة ليست ببديل وأجمعوا على انه اذا صام الثلاثة الايام فى العشر الاول من ذى الحجة انه قد أتى بها فى محلها لتو له سبحانه فصيام ثلاثة أيام فى الحج ولا خلاف ان العشر الاول من أيام الحج واختلفوا فى من صامها فى أيام عمل العمرة قبل أن يهل بالحج أو صامها فى أيام منى فاجاز مالك صيامها فى أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع فى عمل الحج وأجازها أبو حنيفة * وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذا الايام المختلف فيها أم لا . وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها فن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا تجزى الصوم الا بعد الشروع فى الحج ومن قام بها على كفارة الايمان قال يجزى وانفقوا أنه اذا صام السبعة الايام فى أهله أجزأه واختلفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الثاقفى لا يجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذى فى قوله سبحانه اذا رجعت فان اسم الرجوع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو فى الرجوع فهذه هى الكفارة التى ثبت بالمع وحسن المتفق عليها ولا خلاف ان من فاتته الحج بعد أن شرع فيه اما بقوات ركن من أركانه وأمان من قبل غلظه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو انيائه فى الحج فعلا مفسداله فان عليه القضاء اذا كان حياً واجباً وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تلو عاقبل عليه قضاء أم لا الخلاف فى ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكونه التقصان الداخلى عليه مشعراً بوجوب الهدى وشذوق فقالوا لا هدى أصلاً ولا قضاء الا أن يكون فى حرج واجب ومما يخص الحج القاسد عند الجمهور ردون سائر العبادات انه يحصى فيه المقدسه ولا يقطعها وعليه دم وشذوق فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله

فالجور وعمو والمخالفون خصصوا قياساً على غيرهم من العبادات اذا وردت عليها المفاسدات وانفقوا على أن المفسد للحج امان من الافعال المأمور بها فتترك الاركان التي هي شرط في صحته على اختلافهم فيها وركن مما ليس بركن وأمان التروك المنهي عنها فالجماع وان كان اختلفوا في وقت الذي اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه (من فرض فيه من الحج فلا رقت ولا فسوق ولا جدال في الحج) وانفقوا على ان من وطئ قبل الوقوف برفة فقد افسد حججه وكذلك من وطئ من المعمرين قبل أن يطوف ويسمى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف برفة وقبل رمي جمرة العقبة وبعده رمي الجمرة وقبل طواف الافاضة الذي هو الواجب فقال مالك والشافعي من وطئ قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حججه وعليه الهدي والقضاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري عليه الهدي بدنه وحججه تام وقدرى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام بقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال الجهور ويلزمه عندهم الهدي وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حججه وهو قول ابن عمر * وسبب الخلاف ان للحج تحللاً يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحللاً اصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذي هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والعيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شيء الا النساء والطيب وقبل عنه الا النساء والطيب والعيد لان الظاهر من قوله واذا حللت فاصطادوا انه التحلل الاكبر وانفقوا أيضاً على ان المعمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لتبوت الا ثار في ذلك الا خلافاً شاذاً روى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدمته فالجهور على ان التقاء الختان يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الا تزال مع التقاء الختان ان يشترطه في الحج واختلفوا في ازال الماء في مادون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الازال في الفرج وقال الشافعي ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الازال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدمته من المباشرة والتبلة واستحب الشافعي فمن جامع دون الفرج أن يهدي واختلفوا فمن وطئ امرأة فقال مالك ليس عليه الا هدي واحد وقال أبو حنيفة ان كر الوطء في

مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كرره في مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال
 محمد بن الحسن يحجز به هدى واحد وان كرر الوطء مما لم يهد لوطئه الاول وعن الشافعي اثلاثة
 الاقوال الا ان الاشهر عنهم مثل قول مالك واختلافهم وطئ ناسياً فسوى مالك في ذلك
 بين الممد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه واختلقوا هل على المرأة هدى
 فقال مالك ان طأوعته فعلها هدى وان أكرهها فمليه هديان وقال الشافعي ليس عليه الا هدى
 واحد كقوليه في الجماع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حبا من قابل فترقا أعنى
 الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه
 قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من أين يفترقان فقال الشافعي يفترقان من حيث
 افسد الحلق وقال مالك يفترقان من حيث أحرما الآن يكونا أحرما قبل الميقات فنأخذهما
 بالافتراق فسد الذريعة وعقوبة ومن لم يأخذها به فخر ياعلى الاصل وانه لا يثبت حكم في هذا
 الباب الا بسماع واختلاف في الهدى الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وأبو حنيفة هوشاة
 وقال الشافعي لا تجزى الا بدنة وان لم يجد قامت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فان لم يجد
 صام عن كل مديوماً قال والاطعام والهدى لا يحجزى الا بمكة أو عني والصوم حيث شاء
 وقال مالك كل شخص دخل الاحرام من وطئ أو خلق شعر أو احصر ارقان صاحبه ان لم
 يجد الهدى صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فالك شبه الدم
 اللانزم هاهنا بدم المتمتع والشافعي شبهه بالدم الواجب في التقية والاطعام عند مالك لا يكون
 الا في كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم
 في موضعين ولم يقع بدلها الا في موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام
 أولى فهذا ما يخص التمسك بالجماع . واما الفساد بفوات الوقت وهو أن يقوته الوقوف بمرة يوم
 عرفة فان العلماء أجمعوا أن من هذه صفته لا يخرج من إحرامه الا بالطواف بالبيت والسعي بين
 الصفا والمروة أعنى أنه يحل ولا بد بمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدى أم لا
 فقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور عليه الهدى وعندهم اجماعهم على أن من حبسه
 مرض حتى فاتة الحج أن عليه الهدى وقال أبو حنيفة يستحل بمرة ويحج من قابل ولا هدى
 عليه وحجة الكوفيين أن الاصل في الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا
 هدى الا ما خصه الاجماع واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة فمن فاتة الحج وكان قارنا
 هل يقضى سجاً مفرداً أو مقرناً بمرة فذهب مالك والشافعي الى انه يقضى قارناً لانه انما يقضى

مثل الذي عليه وقال أبو حنيفة ليس عليه إلا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضى إلا ما فاته وجهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لا يجزم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحل بعمره وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فمن أحرم بالحج في غير أشهر الحج فمن لم يحمله حرما لم يحجز للذي فاته الحج ان يسبق حرما الى عام آخر ومن أجاز الا حرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء حرما قال القاضي فقد قلنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الفائت والقاسد وفي صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما للحق القهاء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقى ان تتول في الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

(القول في الكفارات المسكوت عنها)

فنقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغ فيه فالذي هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله المقتنع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسك شئ فعليه دم . وأما الذي هو هل فلم ير واقبه دما ولكنهم اختلفوا اخلاقا كثيرا في ترك نسك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو هل . وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندم انه لا يحجر بالدم وانما يختلفون في القسمل الواحد هسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا . وأما أهل الظاهر فاتهم لا ير ون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التزك مستونا ففعل فيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيه فليس فيه شئ واختلفوا في ترك فعل فعل لا اختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف القهاء في ترك نسك نسك أعني في وجوب الدم أولا وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك في فعل محظور ومحظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز اليقات فلم يحرم هل عليه دم قتال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثوري وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال أبو حنيفة ان رجع مليا فلا دم عليه وان رجع غير ملي كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يحجره بالدم واختلفوا

فمن غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وأبو حنيفة يقتدى وقال الثوري وغيره لا شيء عليه ورأى مالك أن في الحمام القدية وأباحه إلا كثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على أنه يقتدى من لبس من المحرمين ما نهى عن لباسه واختلفوا إذا لبس السراويل لعدمه الأزار هل يقتدى أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يقتدى وقال الثوري وأحمد وأبو نورواد ولا شيء عليه إذا لم يجد أزاراً وعمدة من منع النهي المطلق وعمدة من لم يرفيه فدية حديث عمر وبن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الأزار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا في لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه القدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الأحكام في باب الاحرام وكذلك اختلفوا في ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم واتهموا على أن من نكس الطواف أو نسي شوطاً من أشواطه أنه يعيده مادام بمكة واختلفوا إذا بلغ إلى أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يحجز به الدم وقد قوم بل يعيد ويحجز ما قصه ولا يحجز به الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الأشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو نورواد واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف في هذه الأشياء كلها مبني على أنه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتبيل الحجر أو تقبيل يده بعد وضعها عليه إذا لم يعمل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع إذا ترك فيه دم وكذلك اختلفوا في نسي ركعتي الطواف حتى يرجع إلى بدئه هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركعها مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركعها حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع أنه ليس بفرض اختلفوا في تركه ولم تكن له العودة إليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شيء إلا أن يكون قرباً فيعود وقال أبو حنيفة والثوري عليه دم إن لم يعد وإنما يرجع عندهم ما يبلغ المواقيت وحجة من لم يرد سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند أبي حنيفة أنه إذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فإن خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فإن عجز كان كصلاة القاعد ويعيده عند بدء الأزار حتى يرجع إلى بدئه فإن عليه دماً وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه أحب أن يستشرف الناس إليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه فيه دم إذا انصرف

الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم أيضاً فمن قدم السعى على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمدان عا د دفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم يرجع أو لم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فمن وقف من عرفة بمرنة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم * وسبب الاختلاف هل النهي على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى اتصافها بكثير أمن اختلافهم فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هناك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها متى تجب وهي التي تجرى بحرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الأفعال في مكان مكان من اما كتبها وزمان زمان من ازمته الجزئية الى انتضاء زمانها قلنا في احكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل بوجوب الاعادة وقلنا أيضاً في حكم الاعادة بمسب موجباتها وفي هذا الباب بدخل من شرع فيها فاحصر بمرضى أو عدا أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي أن يفرد بالنظر فلنقل فيه

(القول في الهدى)

فنعول ان النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفيته سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهى بسوقه وهو وضع نحره وحكم لحيه بعد النحر فنقول انهم قد اجمعوا على ان الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع قالوا يجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المقتبع باتحاق وهدى القارن باختلافه . وأما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفت وما أشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء في الاخلال بنسكك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدى فان العلماء متفقون

على انه لا يكون الهدى الامن الا زواج النخبة التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابن ثم البقر ثم النعم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا . وأما الاسنان فانهم أجمعوا ان الثني فانوقه يحجز منها وانه لا يحجز الجذع من المعز في الضحايا والهدايا قوله عليه الصلاة والسلام لا يبردة : يحجز عنك ولا يحجز عن أحد بعدك واختلفوا في الجذع من الضأن فأكثر أهل العلم بقولون بجوازه في الهدايا الضحايا وكان ابن عمر يقول لا يحجز في الهدايا الا الثني من كل جنس ولا خلاف في ان الاغلى ثمن الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنه يابني لا يهدين أحدكم لله من الهدى شيئا يستحي أن يهديه لكرمه فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختياره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال : أغلاها ثمنوا أنفسها عند أهلها وليس في عدد الهدى حدم معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذي الحليفة قد الهدى وأشعره وأحرم وإذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقدر نعلان أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد النعم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد النعم وقال الشافعي وأحمد وأبو نؤير وداود تقلد الحديث الا عمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستجبا وتوجهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاسعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذي الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك في مكان واحد وهو موجه للقبلة يقدره بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بمرقة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا . واذا قدم منى غداة النحر قبل أن يحلق أو يقصر وكان هو ينحدره به بيده يصفه من قياما ويوجهه من القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعي وأحمد وأبو نؤير الاسعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا عبدة فأشعرها من صفقة سنامها الا يمين ثم سلت الدم عنها وقدرها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على اليداء أهل بالحج . وأما من أين يساق الهدى فان مالك الكباري ان من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يقفه بمرقة وان لم يقفل فعليه البدل وأما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بمرقة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وأبو نؤير وقوف الهدى بمرقة سنة ولا

حرج على من لم يقفه كان داخلًا من الحل أولم يكن وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى يعرفه من السنة وحنة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التحير في تعريف الهدى أولًا ثم عرفه . وأما قوله فهو البيت العتيق كما قال تعالى « ثم جعلنا الى البيت العتيق » وقال « هديا بالغ الكعبة » وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انه انما أراد به التحريم كما احسانا منه لمساكينهم وقترائهم . وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة مكة . وكان لا يجوز لمن نحر هديه في الحرم الا أن ينحره بمكة . وقال الشافعي وأبو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم أجزأه . وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدي الا هدى التران وجزاء التمسيد فانهما لا ينحران الا بالحرم وبالجملة فلنحر بمكة اجماع من العلماء وفي السمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر الحصر . وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمكة . وأما ما في نحره فز مالكا قال ان ذبح هدى الفتح والتطوع قبل يوم النحر لم يحزه وجوزه أبو حنيفة في التطوع . قال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة في ذلك لالا أهل الحرم ولا أهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المندولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد انذى هولم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فجمهور من على ان التسمية مستحبة فيها لانه اذا كرهه ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدي أن يلبس نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه . ومن ستنها أن تنحر قيا ما قوله سبحانه « فاذكروا اسم الله عليها صواف » وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذابح . وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحه فمن في ذلك مسائل مشهورة ، أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة . وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير

ضرورة والحجة للجمهور ماخرجه أبوداود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبوا بالمرء فإذا ألجئت إليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة الى الله تعالى منه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رأى رجلاً يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله انها هدى فقال اركبها ويملك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع اذا بلغ محله أنه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وأنه اذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الأسلمي وقال لا ان عطب منها شيء فأنحره ثم أصبح عليه في دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة وأشوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله طعاماً يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم . وأما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فالصاحبه أن يأكل منه لأن عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستمين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للساكنين وكذلك جله ان كان بجلا والنمل الذي قلده وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الاجزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة . وأما من فرق فلأنه يظهر في الهدى معنيان ، أحدهما انه عبادة مستدأة والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر من غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول ان الفتح وقران أفضل لم يشترط ان لا يأكل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لا تقام على انه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء العبيد وفدية الاذى ظاهر

من أمرهما أنها كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء في أنه لا يأكل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحوه وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبهنا القول في هذا بحسب ترتيبنا ثم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا والله الشكر والحمد كثير أعلى ما وفق وهدي ومن به من التمام والكمال وكان القراخ منه يوم الأربعاء التاسع من جمادى الأولى الذي هو من عام أربعة وثمانين وخمسة مائة وهو جز من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ أزيد من عشرين عاماً أو نحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولاً ألا يثبت كتاب الحج ثم بدله بعد فآيته

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿كتاب الجهاد﴾

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر في جملتين، الجملة الأولى في معرفة أركان الحرب، والثانية في أحكام أموال الحار بين إذا تملكها المسلمون

﴿الجملة الأولى﴾ وفي هذه الجملة فصول سبعة، أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولن تلزم، والثاني معرفة الذين يحاربون، والثالث معرفة ما يجوز من التكاية في صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لا يجوز، والرابع معرفة جواز شروط الحرب، والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم، والسادس هل تجوز المهادة، والسابع إذا جارحون

﴿الفصل الأول﴾

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على أنها فرض على الكفاية لا فرض عين إلا عبد الله بن الحسن فإنه قال إنها تطوع وإنما صار الجهور لكونه فرضاً لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية. وأما كونه فرضاً على الكفاية أعني إذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للفرز والترك بعض الناس فإذا اجتمعت هذه اقضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضاً على الكفاية. وأما على من يجب فهم الرجال الأحرار البالغون الذين يحدون

بما يغزون الأصحاء والمرضى ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج الآية) . وأما كون هذه القرية بضعة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء معتقون على أن من شرط هذه القرية بضعة أذن الأيوبيين فيها إلا أن تكون عليه فرض عين مثل أن لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل في هذا ما ثبت أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال أحمى والدالك قال نعم قال فقيمها فجاهدواختلفوا فى اذن الأيوبيين المشركين وكذلك اختلفوا فى اذن الفريق اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل : أ يكفر الله عنى خطاياى ان مت صابرا محتسبا فى سبيل الله قال نعم الا الذين كذلك قال لى جبريل آتاهما والجهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

﴿الفصل الثاني﴾

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الاماروى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : ذروا الحبشة ماؤذرتكم وقد سئل مالك عن محبة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما ما يجوز من النكاح في الهدوء فان النكاح لا تخلو أن تكون في الاموال أو في النفوس أو في الرقاب أعنى الاستعباد والتملك . فاما النكاح التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع فى جميع أنواع المشركين أعنى ذكرهم وإناهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قومارأوا أن يتكروا ولا يؤسروا لى يتكروا دون أن يعرض اليهم لا يقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فذرهم وما حسبوا أقسم اليه انبأه الفلعل أبى بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير فى الأسارى فى خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم القداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الأسير وحكى الحسن بن محمد التميمي انه اجماع الصحابة * والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى

هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان
 ظاهر قوله تعالى (فاذلتيم الذين كفروا فاضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا
 المن أو القداء وقوله تعالى (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) الآية
 والسبب الذي نزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد واما هو عليه
 الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى في غير ماموطن وقدم واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد
 انه لم يستعبد احرا رد كور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكراتهم
 لانهم فن رأى ان الآية الخاصة بقتل الاسارى ناسخة لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى
 أن الآية ليس فيها ذكر قتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما فعل بالاسارى بل لفعله عليه
 الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما في الآية ويحط العتب الذي وقع في ترك قتل أسارى
 بدر قال يجوز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد به دناءة بين وهذا ما لا خلاف فيه
 بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه عن لا يجوز واقفه واعلى جواز تأمين الامام
 وجهور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى انه موقوف
 على اذن الامام واختلفوا في امان العبد وامن المرأة فاجوز على جواز ذلك ابن الماجشون
 وسحنون يقولون امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز امان العبد الا ان
 يقاتل * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس اما انعموم فتوله عليه الصلاة والسلام
 : المسلمون تشكفاد ماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا واجب امان العبد
 بعمومه . واما قياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية
 فوجب أن يكون للعبودية تأثير في اسناطه قياسا على تأثيرها في اسقاط كثير من الاحكام
 الشرعية وان نخص ذلك العموم بهذا القياس . واما اختلافهم في امان المرأة فسببه
 اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجزرت يأمن هاني وقياس المرأة في
 ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجزرت يأمن
 هاني اجازة أمانها لا يمتح في نفسه وانه لولا اجازته لذلك لم يؤثر قال لا امان للمرأة الا أن يجزه
 الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء أمانها كان من جهة ان قد كان انما قد وثر لا من جهة ان
 اجازته هي التي سمحت عقده قال ان المرأة جاز وكذلك من قاسها على الرجل ولم يفرق بينهما فقا
 في ذلك اجازة أمانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر
 في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في

ألفاظ جوع المذ كرهل يتناول النساء أم لا أعنى بحسب العرف الشرعى . وأما النكابة التى تكون فى النفوس ففى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكرا ن البالغين العاقلين . وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم فى انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسايتهم ما لم يقاتل المرأة والصبي فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال فى امر أمة قتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا فى أهل الصوامع المنترعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الا عى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ القانى عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثورى والاوزاعى لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعى لا يقتل الحراث وقال الشافعى فى الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لمعوم الكتاب ولمعوم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى (فذا نسلخ الاشر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله . وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فنها مار واد داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بحث جيوشه قال : لا تقتلوا أصحاب الصوامع . ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغفلوا خرجه أبو داود ومن ذلك أيضا مار واه مالك عن أبي بكر انه قال : ستجدون قومنا زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدهمهم وما حبسوا أنفسهم له . وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرا ما يشبه أن يكون السبب الا ملك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فذا نسلخ الاشر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه نسخة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال أولا انما أيسح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناء من عموم تلك وقد احتج الشافعى بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اقتلوا شيوخ المشركين

واستحيوا شرهم . وكان العلة الموجبة للقتل عندما نأى الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار . وأما من ذهب الى أنه لا يقتل الحراث فانه احجج في ذلك بما روى عن زيد ابن وهب قال أنا ما كتب عمر رضى الله عنه وفيه لا تنفوا ولا تنذر ولا تقتلوا وليداً واعتوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهي عن قتل العفيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال لا حدم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتل ذرية ولا عسيفاً ولا امرأة * والسبب الموجب بالجملة لا اختلافهم اختلا فهم في العلة الموجبة للقتل فن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر لم يستثن أحد آمن المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك اطاعة القتال للنهي عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعفيف وصح النهي عن المشقة وافق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريمهم بالنار فكم قوم تحريمهم بالنار ومهمهم بها وهو قول عمر و يروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم ان ابتداء العدو بذلك جاز والا فلا * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فتولاه (فاقتلوا المشركين حيث وجدتمهم) ولم يستثن قتلا من قتل . وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل: ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واشتق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالجنايق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبي عليه الصلاة والسلام: نصب المنجنيق على أهل الطائف . وأما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فقالت طائفة بكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعقدهم لم يحزه قوله تعالى (لوتزيلوا المذنبات الذين كفروا منهم عذابا أليماً) الآية . وأما من أجاز ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكابة التي يجوز أن تبلغهم في قوسهم ورقابهم . وأما النكابة التي تجوز في أموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فاجاز ما لك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يحز قتل المواشى ولا تحرق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر الممر وتخريب العامر كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل * والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أي بكر في ذلك لفعله

عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام: حرق نخل بني النضير وثبت عن أبي بكر انه قال لا تقطن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن ان فعل أبي بكر هذا انما كان لمكان عليه بنسخ ذلك القمل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبي بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا ببني النضير لمزومهم قال يقول أبي بكر ومن اعتقد فعله عليه الصلاة والسلام ولم يرقول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثله وقد نفى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام انه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكابة التي يجوز أن تبلغ من الكفار في هوسهم وأموالهم

(الفصل الرابع)

فما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعني لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب؟ منهم اختلفوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك ان ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لا ميرها: اذا ثبتت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلل فإيتن ما أجابوك اليها قبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فاعلمهم أنهم يكونون كغرب المسلمين يخبر عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في شيء والعقوبة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فانهم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوا فقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقا لهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فن اناس وهم الجاهلون من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على التمسك وذلك بان حمل القمل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً) الآية وذهب ابن المايجون ورواه عن مالك أن الضعف إنما يعتبر في القوة لا في العدد وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعنى جواداً منه وأجود سلاحاً وأشد قوة.

﴿الفصل السادس﴾

فأما هل يجوز المهادنة فإن قوماً أجازوها ابتداءً من غير سبب إذا رأى ذلك الإمام مصلحة للمسلمين وقوم لم يحيزوها إلا لما كان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك أما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية إذا كانت الجزية أشرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين وإما بلا شئ يأخذونه منهم وكان الاوزاعي يحيز أن يصلح الإمام الكفار على شئ يدفعه المسلمون إلى الكفار إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعي لا يعطى المسلمون الكفار شيئاً إلا أن يخافوا أن يضطلموا الكثرة العدو وقتلهم أو لحنة زلت بهم ومن قال بإجازة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة مالک وإن شافعي وأبو حنيفة إلا أن إن شافعي لا يجوز عنده الصلح لا أكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم أسكناف عام الحديبية * وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله فن رأى أن آية الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية تأسخلاً بالصلح قال لا يجوز انسلخ الأمر ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصوصة لتلك قال الصلح جائز إذا رأى ذلك الإمام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة. وأما الشافعي فلما كان الأصل عنده الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصوصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزداد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف في هذه المدة قليل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك

قال الشافعي وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بأن يعطوهم المسلمون شيئاً إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فصيراً إلى ما روي أنه كان عليه السلام قدّم أن يعطى بعض عمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب لتخفيفهم فلم يوافقهم على القدر الذي كان سمح له به من عمر المدينة حتى أقام الله بنصره . وأما من لم يجز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يصطلحوا فقياساً على إجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى .

﴿الفصل السابع﴾

فأما لما إذا يحاربون فاتفق المسلمون على أن المقصود بالخاربة لأهل الكتاب ما عدى أهل الكتاب من قریش ونصارى العرب هو أحد أمرين إما الدخول في الإسلام وإما إعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم: سنوهم سنة أهل الكتاب واختلفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فتقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وأما الخصوص فتقوله لا مراة السرايا الذين كان يباهيهم إلى مشركي العرب ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب (فاذلقت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال) فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب لأن الآتى الأمر يقتلهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث إنما هو قبيل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم ينبي على الخصوص تقدم أو تأخر أوجب التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين . وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج

من ذلك العموم باعناق مخصوص قوله تعالى (من الذين أتوا الكتاب حتى يخطوا الجزية عن يدهم صاغرون) وسيأتي القول في الجزية وأحكامها في الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب وما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة انتهى عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إذا كان في العساكر المأمونة * والسبب في اختلافهم هل انتهى عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص .

﴿الجملة الثانية﴾ والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضاً في سبعة فصول، الأول في حكم الخمس، الثاني في حكم الاربعة الاخماس، الثالث في حكم الاقالع، الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار، الخامس في حكم الارضين، السادس في حكم الفداء، السابع في أحكام الجزية والمال الذي يؤخذ منهم على طريق الصلح

﴿الفصل الاول﴾

واتفق المسلمون على أن الغنيمة التي تؤخذ قسراً من أيدي الروم ما عدا الارضين ان خمسها للامام وأربعة أخماسها للذين غنوها لقوله تعالى واعلموا انما غنمنا من شيء فان لله خمسة وللرسول الآية واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة، أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعي، والقول الثاني انه يقسم على أربعة أخماس وأن قوله تعالى «فان لله خمسة» هو افتتاح كلام وليس هو قسماً خامساً، والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وأن سهم النبي وذوي القربى ستمائة عن النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفتي يعطى منه الفتي والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعدموته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيوش وقال قوم بل يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوي القربى للامام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنوها ثم قطع وقال قوم بنو عبد المطلب وبنوها ثم * وسبب اختلافهم في هل الخمس يتصر على الاصناف المذكورين أم يعدى لتعيرهم هو هل ذكر تلك الاصناف في الآية المقصود منها تمكين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم

فيكون ذلك من باب الخاص أو يدبه العام فمن رأى أنه من باب الخاص أو يدبه الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى أنه من باب الخاص أو يدبه العام قال يجوز للإمام أن يصرفها فيما يراه صلاحاً للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للإمام بعده بما روى عنه عليه السلام أنه قال إذا أطعم الله نبياً طعمه فهو للخليفة بعده . وأما من صرفه على الاصناف الباقين أو على الفاعلين فتشبيهاً بالصنف الخمس عليهم . وأما من قال القرابة هم بنوهاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث جبير بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى لبني هاشم وبنى المطلب من الخمس قالوا إنما بنوهاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنوهاشم صنف فلأنهم الذين لا يحل لهم الصدقة واختاف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس له غاب عن التسمية أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى أن صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لاحد من بعده رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أبائو رفاة قال يجرى مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للقاتين إذا خرجوا بإذن الإمام واختلقوا في الخارجين بغير إذن الإمام وفيمن يجب له سهم من الغنيمة ومتى يجب وكيف يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل التسم فجاءه روى على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموا خارجوا بإذن الإمام أو بغير ذلك للعموم قوله تعالى (واعلموا أننا غنمنا من شئ) الآية وقول قوم إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير إذن الإمام فكل ما ساق ثل يأخذه الإمام وقال قوم بل يأخذه كله الغنائم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهو لا كانهم اعتقدوا صوراً تفصل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا إنما كانت تخرج عن أذنه عليه السلام فكانهم رأوا أن إذن الإمام شرط في ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة فأنهم اتفقوا على أن تكون الأحرار الباقين واختلقوا في أخذهم أغنى في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن

برضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغنائم وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغنائم وهو قول الاوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فنهى قال يسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك ان يطبق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً أم الاحرار فقط دون العبيد وايضاً فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا يسهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روى من ذلك عن عمر بن وهب عن ابن عينة عن عمر بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن أنس بن الحذان قال قال عمر بن لیس أحد الأوله في هذا المال حق الا ما ملكت أيمانكم وانما صار الجور الى ان المرأة لا تسهم لها و يرضخ بحديث أم عطية التاب قالت كنا نقر و امع رسول الله صلى الله عليه وسلم فندأوى الجرحى ونرض الرضى وكان يرضخ لثمان الغنمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فنهى عن قولهم ان النساء مباح لهن الفز وفرن شبهن بالرجال أوجب لهن نصيباً في الغنمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إمام أوجب لهن شيئاً وإما أوجب لهن دون حظ الغنائم وهو الا رضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخير وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ) فان الله تحمسه) بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغنائم وذلك أن من رأى ان التجار والاجراء حكم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا إما التجارة وإما الاجارة استثناءهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناءهم ما أخرجه عبد الرزاق ان عبد الرحمن بن ابى عوف قال لرجل من فتراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر المحر وج دعاه فابى أن يخرج معه واعتذره بأمر عياله وأهله فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو وسأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المقيم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظها ونصيبه من غزوه في أمر ديناه وآخرته وخرج

مثله أبوداود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجمائل أيضاً وهو أن أهل
الديوان بعضهم بعضاً أعنى يعين القاعد منهم الغازى وقد اختلف العلماء فى الجمائل فأجازها
مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو إذا كانت ضرورة وبه قال أبو
حنيفة والشافعى . وأما الشرط الذى يجب به للمجاهد السهم من الغنمة فإن الأكثر على أنه إذا
شهد القتال وجب له السهم وإن لم يقاتل وأنه إذا جاء بعد القتال فليس له سهم فى الغنمة وبهذا
قال الجمهور وقال قوم إذا لحقهم قبل أن يخرجوا إلى دار السلام وجب له حظه من الغنمة إن
اشتغل فى شئ من أسبائها وهو قول أبى حنيفة * والسبب فى اختلافهم سببان القياس والآخر
أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازى فى الحفظ بتأثيره فى الأخذ وذلك أن الذى شهد القتال له
تأثير فى الأخذ أعنى فى أخذ الغنمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل أن يصلوا إلى بلاد
المسلمين له تأثير فى الحفظ فن شبه التأثير فى الحفظ بالتأثير فى الأخذ قال يجب له السهم وإن لم
يحضر القتال ومن رأى أن الحفظ أضعف لم يجب له . وأما الاتفاق فى ذلك أثر من متارضىين
أحدهما ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بعث أبان بن سعيد على
سرية من المدينة قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على النبي صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحوها
فقال أبان إقسم لنا يا رسول الله فلم قسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والأثر الثانى
ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر: أن عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة
رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب
له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى
الله عنه قال . الغنمة لمن شهد الواقعة . وأما السرايا التى تخرج من الساسا كفتحهم فالجمهور على
أن أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وإن لم يشهدوا الغنمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام
و تدرس ايام على قعدتهم خرجه أبوداود . ولأن لهم تأثيراً أيضاً فى أخذ الغنمة وقال الحسن
البصرى إذا خرجت السرية بأذن الامام من عسكره محمى ومابقى فلا هل السرية وإن
خرجوا بغير اذنه محمى وكان مابقى بين أهل الجيش كله وقال النخعي الامام بالخيار إن شاء
خمس ما زدت السرية وإن شاء قوله كذا * والسبب أيضاً فى هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير
العسكرى بغنمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فإذا الغنمة انما تجب عند
الجمهور للمجاهد باحد شرطين ، إما أن يكون ممن حضر القتال ، وإما أن يكون ردها لمن حضر
القتال . وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى القارس فقال الجمهور للقارس ثلاثة أسهم سهم له

وسهمان لفرسه وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للآثر وذلك أن أباداود خرج عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم: أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفارس وسهم راكبه وخرج أيضاً عن مجمع بن حارة الانصاري مثل قول أبي حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو أن يكون سهم الفرس أكثر من سهم الانسان هذا الذي اعقده أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشيء لأن سهم الفرس إنما استحقه الانسان الذي هو الفارس بالفرس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفرس في الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الرجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للمجاهدان يأخذ من الفينة قبل القم فأن المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائض والمخيط فإن الغلول عار وشعار على أهله يوم القيامة إلى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب واختلفوا في إباحة الطعام للفرازة ماداموا في أرض الفز وقابح ذلك الجهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب * والسبب في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول للآثار الواردة في إباحة كل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبي أوفى فنخصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجازاً كل الطعام للفرازة ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يحز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطي منه شيئاً فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخاري ومسلم وحديث ابن أبي أوفى قال كنا نصيب في معازينا العسل والعنب فتأكله ولا ندفعه خرجه أيضاً البخاري واختلفوا في عقوبة القاتل فقال قوم بحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرق قوامتاه .

(*) (الفصل الثالث)

وأما تفصيل الامام من الفينة لمن شاء أعني ان يزيده على نصيبه فإن العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أي شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب الا أن يتغلبه الامام فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل .

﴿أما المسئلة الأولى﴾ فإن قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال قوم بل النفل من جملة الغنمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنمة * والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردة في المفاتيح تعارض أم هما على التخيير أعني قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسألونك عن الاثقال الآية فن رأى أن قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة ناسخة لقوله تعالى (يسألونك عن الاثقال) قال لا ثقل الا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير أعني ان للامام ان ينفل من رأس الغنمة من شاء وله الا ينفل بان يعطى جميع أرباع الغنمة للغانمين قال يجوز ان ينفل من رأس الغنمة ولا خلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك أثران، أحدهما مروى ملك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغزوا إبلا كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيراً وثلاثون بعيراً أو هذا يدل على أن النفل كان بعد ان تقسم من الخمس واثني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس في البداية وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداية غزوه عليه السلام وفي انصرافه .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي ما مقدار مال الامام ان ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنمة فإن قوماً قالوا لا يجوز ان ينفل أكثر من ثلث أو الربع على حديث حبيب ابن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ما غنم جازم مضي إلى ان آية الاثقال غير منسوخة بن محكمة وانها على عمومها غير مخصوصة ومن رأى انها مخصوصة بهذا الاثر قال لا يجوز ان ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فذكره ذلك مالك وأجازته جماعة * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغز و لظاهر الاثر وذلك ان الغزو إنما يصد به وجه الله العظيم وتكون كلمة الله هي العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الفداء هم في حق غير الله وأما الاثر الذي يقتضي ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو والسرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القول الثالث : ومعلوم أن المقصود من هذا

انما هو التنشيط على الحرب

(وأما المسئلة الرابعة) وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب إلا ان يقطعه له
 الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا ان يقطعه له الامام
 على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وأبو
 ثور واسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أو لم يقطعه ومن هؤلاء من
 جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا
 قتل مقيلاً غير مدبر . وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل
 قبل المعركة الحرب أو بعدها وأما ان يقطعه في حين المعركة فليس له سلب وبه قال الاوزاعي
 وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يخمس * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه
 الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه
 الصلاة والسلام على جهة انتقل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده
 انه على جهة النقل من قبل انه لم يثبت عندنا انه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به الا
 أيام حنين ولما روضة آية النعمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعنى قوله تعالى (واعلموا انما
 غنمتم من شيء) الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة
 للغانمين كما انه لما نص على الثلث للام في الوارث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا
 القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب انه قال
 كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن
 مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للقاتل
 وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدرة فقطعه
 طعنة على قبر بوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ي
 طلعنا كنا لا نخمس السلب وان سلب انباء قد بلغ مالا كثيراً ولا أراني الا خمسته قال قال
 ابن سيرين بن خديج أنس بن مالك انه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق
 بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد
 على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلقوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للفرازة المستردين لذلك منها شيء . وعمن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور ، والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمية الجيش ليس لصاحبه منه شيء . وهذا القول قاله الزهري وعمر بن دينار وهو مروي عن علي بن أبي طالب ، والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلائع وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء اقسام واقعين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار باي وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أي موضع صار . وعمن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يجوز دونه ويلقبوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكه ان ألقاه صاحبه قبل القسم فهو له وان ألقاه بعد القسم فهو أحق به بالثمن قالوا . وأما ما لم يحزوه العدو بان يلقوا ادارم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمر ان بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئاً وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا المضياء فاقه رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رعى حتى أتت ان مضياء ذات ناقه ذلولاً فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لأن يجابه الله لتحررها فلما قدمت المدينة عرفت الناقه فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال : بس ماجزيتها لا نذرها لملك ان آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو انه غار له فرس فأخذه العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان . وأما الآخر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فتقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني انه باع دوره التي كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة . وأما القياس فان من

شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال
 الباغي مع العادل أعني انه لا يملك عليهم الامرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو
 ضامن للشيء ان قامت عينه وقد اجمعوا على أن الكفار غير ضامنين لآموال المسلمين فازم
 عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضعفوا
 وأما من فرق بين الحكم قبل الفتح وبعده وبين ما أخذ المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار
 اليهم من ثلغائه مثل العبد الآبق والفرس المائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يحدد
 وسطا بين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أولا يملكه الا أن ثبت في ذلك دليل
 معي لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحدوث الحسن بن عماره عن عبد الملك بن
 ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعير له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن
 الحسن بن عماره يجمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه
 مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذها بالثمن بعد القسم على
 ظاهر حديثه واستثناء أبي حنيفة أم الولد والمدير من سائر الاموال لاعمى له وذلك انه يرى ان
 الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ما عدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد
 انه اذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يقدحها فان لم يفعل أجبر سيدها على فداها فان
 لم يكن له مال أعطيت له وانبعه الذي خرجت في نصيبه بجهتها بئامتي أسره هو قول أيضا ليس
 له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل
 له عليها وأيضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا أن ثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل
 أعني من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أولا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم
 ويبدد مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعي على أصله
 لا يصح له واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ ما
 في أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أو لى به وان اراده صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو
 لصاحبه فلم يجز على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحر بنى يسلم وبهاجر ويترك في دار
 الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز
 تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فنه من قال لكل ما ترك حرمة
 الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس

للمال حرمة وللولد والزوج حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والأصل ان المبيع للمالك والكفر وان المأثم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام: فاذا قالوا عصموا مني دماءهم وأموالهم فنزعن ان هتأمنوا للمال غير الكفر من تلك عدواً وغيره فعليه الدليل وليس هتأمنوا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم .

(الفصل الخامس)

واختلفوا فيما انتزع المسلمون من الارض عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وفقاً بصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الا ان يرى الامام في وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضي القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتوحة قسم كاتقسم الغنائم يعني خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الامام مخير بين ان يقسم على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج و يقرها بأيديهم * * * وسبب اختلافهم ما ظن من التعارض بين آية سورة الا نزال وقال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الا نزال تقتضي بظاهرها ان كل ما غنم نجس وهو قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى في آية الحشر (والذين جاءوا من بعدهم) عطف على ذكر الذين أوجب لهم النقي * يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والائتد شر كافي النقي * كما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال في قوله تعالى (والذين جاءوا من بعدهم) ما أرى هذه الآية الا قد عمت الخلق حتى الراعي بكداء أو كلا ما حذا منتهاه ولذلك لم تقسم الارض التي افتتحت في أيامه عنوة من أرض العراق ومصر فن رأى ان الآيةين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الا نزال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيةين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الا نزال في الغنمة وآية الحشر في النقي * على ما هو الظاهر من ذلك قال نجس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام : قسم خير بين الفزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذي يجري مجرى البيان له جمل فضلا عن العام . وأما أبو حنيفة فانه ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خير بالشر ثم أرسل ابن رواحة فقامهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام

بالتحيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه وان أسلموا بعد الغلبة عليهم كان خيراً بين المن عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم. عكة أعنى من المن وهذا إنما يصح على رأى من رأى أنه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وإن كان الاصح أنه افتتحها عنوة لأنه الذي خرجهم مسلم وبني أن تعلم أن قول من قال إن آية النقي وآية الغنime محمولتان على التحيار وإن آية النقي ناسخة لآية الغنime أو مخصصة لها أنه قول ضعيف جداً إلا أن يكون اسم النقي والغنime بدلاً على معنى واحد فان كان ذلك فلا تبيان متعارضتان لأن آية الاقال توجب التخمس وآية الحشر توجب القسمة دون التخمس فوجب أن تكون احدهما ناسخة للآخرى أو يكون الامام خيراً بين التخمس وترك التخمس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قدمة الارض وقسمة ما عدا الارض أن تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة ببعض ما في الاخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الاقال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الارضين فوجب فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الاقال الارض فلم توجب فيها خمساً وهذه الدعوى لا تصح الا بدليل مع أن الظاهر من آية الحشر أنها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الاقال وذلك أن قوله تعالى «فأؤتوهم عليه من خيل ولا ركاب» هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك إذ كانت توجد بالاجحاف .

﴿ الفصل السادس في قسمة النقي ﴾

وأما النقي عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير أن يوجب عليه تجنيل أو رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم أن النقي لجميع المسلمين التقير والنقي وإن الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في التوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو ثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكره وفي آية القنائم وهم الاصناف الذين ذكره وفي الخمس بعينهم من الغنime وإن الباقي هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى

وأحسب ان قوما قالوا ان النقي غير محس ولكن قسم على الاصناف الخمسة الذين قسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعي فيما أحسب* وسبب اختلاف من رأى أنه يقيم جميعه على الاصناف الخمسة أو هو مصر وف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعني ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديدا للذين يستوجبون هذا المال قال لا يمتدى بهم هؤلاء الاصناف أعني انه جملة من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس النقي فلم يقل به أحد قبل الشافعي وإنما حمله على هذا القول انه رأى النقي قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع النقي لا جزأ منه وهو الذي ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بنخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

(الفصل السابع في الجزية)

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل، المسئلة الاولى من يجوز أخذ الجزية، الثانية على أى الاصناف منهم تجب الجزية، الثالثة كم يجب، الرابعة متى تجب ومتى تسقط، الخامسة كم أصناف الجزية، السادسة فيماذا يصرف مال الجزية.

المسئلة الاولى) قاما من يجوز أخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من أهل الكتاب المعجم ومن المجوس كما تقدم واختلقوا في أخذها من لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتحاقهم فيما حكي بعضهم انها لا تؤخذ من قرشي كنان وقد تقدمت هذه المسئلة.

والمسئلة الثانية) وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم قاتهم اثموا على اثم انما تجب بثلاثة أوصاف، الذكورية، والبلوغ، والحرية، وانما لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هي عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر بنحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلقوا في

أصناف من هؤلاء . منها في المجنون وفي المقعد . ومنها في الشيخ . ومنها في أهل الصوامع .
ومنها في الفقير هل يتبع بهادينا متى أبسر أم لا وكل هذم مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت
شرعي * وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا أعنى هؤلاء الاصناف .

(وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّالِثَةُ) وهي كم الواجب فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب
في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أر بعة دنانير وعلى أهل الورق
أر بعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه
وقال الشافعي أقله عدد ودو هو دينار وأكثره غير عدد وذلك بحسب ما يصالحون عليه وقال
قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام وبه قال الثوري وقال أبو حنيفة
وأصحابه الجز بة اثنا عشر درهما وأر بعة وعشرون درهما وثمانية وأر بعون لا ينقص الفقير
من اثني عشر درهما ولا يزداد الفتي على ثمانية وأر بعين درهما والوسط أر بعة وعشرون درهما
وقال أحمد دينار أو عدله معاف لا يزداد عليه ولا ينقص منه * وسبب اختلافهم اختلاف
الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: بعث معاذاً إلى اليمن
وأمره أن يأخذ من كل حامديناراً أو عدله معاف وهي ثياب اليمن وبثت عن عمر أنه ضرب
الجز بة على أهل الذهب أر بعة دنانير وعلى أهل الورق أر بعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين
وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه أيضاً أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجز بة على أهل السواد
ثمانية وأر بعين وأر بعة وعشرين وإثني عشر فنحل هذه الأحاديث كلها على التخيير
وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جز بة إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى
الله عليه وسلم متفق على صحته وانما ورد الكتاب في ذلك عام قال لا حد في ذلك وهو الاظهر
والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله عدد ودو لا حد لا كثره ومن
رجح أحد حديثي عمر قال اما بار بعين درهما وأر بعة دنانير وإما ثمانية وأر بعين درهما وأر بعة
وعشرين وإثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط أو عدله
معاف لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

(وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الرَّابِعَةُ) وهي متى تجب الجز بة فانهم اختلفوا على أنها لا تجب الا بعد الحول
واتها سقط عنه اذا أسلم قبل اقضاء الحول واختلفوا اذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل
تؤخذ منه جز بة للحول الماضي بإسره أو لما مضى منه فقال قوم اذا أسلم فلا جز بة عليه بعد
اقضاء الحول كان اسلامه أو قبل اقضاءه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة ان أسلم

بعد الحول وجبت عليه الجزية وان أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه قبل انتضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرفع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انتضاء الحول لانها قد وجبت فن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثير أمن الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثير أمن الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انتضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أولا يهدمها .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي كم أصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف جرية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحربين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لافي الواجب ولا فمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الا أن يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما اذا أعطاه من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدودا وأكثره غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك أن جمهور العلماء على انه ليس على أهل الذمة عترو ولا زكاة أصلا في أموالهم الا ما روى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بني تغلب أعني انهم أوجبوا إعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شئ شئ من الاشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة وعن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فباحكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الاذن إن كانوا حربيين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لهم بها الاقرار في بلادهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يحبونه من بلد الى بلد العشر الا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا . وأما أبو حنيفة فاشتراط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين ههنا المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا

ولا نصف عشر في خمس التجارة ولا في ذلك شيء محدود إلا ما اصطاح عليه أو اشترط فعله هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة تكون جنساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب * وسبب اختلافهم أنه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع إليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بأمر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو جوب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم إلا بالشرط وحكى أبو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الا أنه قيل لهم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا يأخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شاورطوا على أكثر ففسن قال وحكم الحربي إذا دخل بامان حكم الذي .

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فيما انصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في التيءء عن من رأى انه مصروف الى اجتهاد الا ما مام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم التيءء انما ينطلق على الجزية في آية التيءء واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة أصناف، صدقة، وفيء، وغنمة وهذا التقدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

*(كتاب الايمان) *

وهذا الكتاب ينقسم أولاً الى جملتين ، الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها ، والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها (الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول ، الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة ، وتميزها من غير المباحة الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة ، الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها

* (الفصل الاول) *

وافتح الجمهور على أن الاشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لا يجوز أن يقسم به واختلفوا أى الاشياء هى الاشياء التى بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا إن الايمان المباحة هى الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التى باسمائه واختلفوا فى الايمان التى بصفاته وأفعاله * وسبب اختلافهم فى الحلف بغير الله من الاشياء العظيمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب فى ذلك للأثر وذلك أن الله قد أقسم فى الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله «والسماوات الطارق» وقوله «والنجم اذا هوى» الى غير ذلك من الاقسام الواردة فى القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: ان الله فيها كم أن تحلقوا بأئمتكم من كان حالفًا فليحلف بالله أو يصمت فمن جمع بين الأثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة فى الكتاب المقسوم بها فيها عذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التمدد ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هى الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث إنما هو أن لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه: ان الله فيها كم أن تحلقوا بأئمتكم وان هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم فى الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم فى بناء الآية والحديث. وأما من منع الحلف بصفات الله وأفعاله فضعيف * وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يمدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم فى الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وان كان مرويا فى المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فنعت النجيين بالله عز وجل والحديث نص فى مخالفة هذا المذهب

﴿ الفصل الثاني ﴾

وافتحوا أيضا على أن الايمان منها العزم ومنها متقدمة لقوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) واختلفوا فى معنى اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنها النجيين على الشئ يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشئ على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي لغير النجيين ما لم تنه عنه عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل فى أثناء الخطبة لا والله لا بالله مما يجرى على اللسان بالعادة من غير أن يعتد لزومه وهذا القول رواه مالك فى

الموطأ عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة ومجاهد وإبراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال إسماعيل القاضي من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لا يأكل شيئاً مما حاله بالشرع * والسبب في اختلافهم في ذلك هو الاشتراك الذى في اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغوا فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذى لا تنمقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو فى الآية هو هذا أن هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد الذى قالوا أن اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب ما يعتقده فى ذلك قوم فأنما ذهبوا الى أن اللغو هو ما يدل على معنى عرى فى الشرع وهى الإيمان التى بين الشرع فى مواضع أخرى سقوط حكمها مثل ما روى أنه: لا طلاق فى اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الاولان أعنى قول مالك والشافعى.

﴿ الفصل الثالث ﴾

(وفى هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلقاً على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا نعتد الكذب أو على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وإنما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا حالف اليمين الحالف ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة تجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس * وسبب اختلافهم ما رخصه عموم الكتاب للآثر وذلك أن قوله تعالى «ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين» الآية توجب أن يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام: من قطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعى أن يستثنى من الايمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق القيرو هو الذى ورد فيه النص أو يقول

ان الايمان التي يتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب أن لا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعاً وليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لأن رفع الحنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلاف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودى أو نصرانى ان فعلت كذا ثم فعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعى ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضاً * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز ايمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنقد أم لا فن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمة قال فيها الكفارة لان الحلف بالتمظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ وافق الجمهور في الايمان التي ليست أقساماً مبشئاً وانما تخرج مخرج الازام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلى من شئ الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فعلى امرأى طالق انها تلزم في القرب وفيها اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعق واخلطوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه أمه ولا بد وذهب الشافعى وأحمد وأبو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعق وقال أبو ثور يعكف من حلف بالعق وقول الشافعى مروي عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التي نص الشرع على انها اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يسهر هذا على المالكية لتسميتها باها ايماناً لكن لعلمهم انما سموها ايماناً على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايماناً فان الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليس صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى ايماناً بالعرف الشرعى وهل حكمها

حكم الايمان فقيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال: كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع القول الذي يخرج منه الشرط أو يخرج الالتزام دون شرط ولا يميناً فيجب ان تحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجرى هذا الجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يسطى ان النذر ليس يمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل أعني الخارجة مخرج الشرط الا ما الزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا ييمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فقلت المشى الى بيت الله مشياً ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشى الى بيت الله لان هذا نذر باعق وقد قال عليه الصلاة والسلام : من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي ايمان أو نذور أو ليست ايماناً ولا نذوراً فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا في قول التائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال، ف قيل انه ليس يمين وهو أحد قولي الشافعي، وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة، وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم ير الله بها فليست يمين وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو دل انراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالمادة أو اعتبار النية فن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست يمين اذ لم يكن هناك نطق بمسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالمادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بدوه والله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحاً للامرين فرق في ذلك كما تقدم .

﴿الجملة الثانية﴾ وهذه الجملة تنقسم أولاً قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء . والثاني النظر في الكفارات ﴿القسم الاول﴾ وفي هذا القسم فصلان، الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين، الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا يؤثر .

﴿الفصل الاول﴾

وأجمعوا على أن الاستثناء الجملة له تأثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي

يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقاً مع اليمين ومقوفاً به ومقصوداً من أول اليمين انه لا ينفع معه اليمين واختلقوا في هذه الثلاثة مواضع أعني إذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدث له نية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقاً مع اليمين .

﴿فأما المسئلة الاولى﴾ وهي اشتراط اتصاله بالنسب فان قوماً اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكنة الخفيفة كسكنة الرجل للتدكر أو للتفلس أولاً يقطع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للعالم الاستثناء ما لم يرق من مجلسه وكان ابن عباس يرى انه لا استثناء أبداً على ما ذكر عنه متى ما ذكر وإنما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلاً أو على تركه ان كان تركاً رافعاً لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث وإنما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أولاً يؤثر لاختلف فهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له فاذا قلنا أنه مانع لا انعقاد لحال له اشترط ان يكون متصل باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد اختلف من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سمك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لا غزون قرى بشأها ثلاث مرات ثم سكت ثم قل ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالاً بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يفتي عن الكفارة والذي قالوه بين وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بتفسير لفظ في حرف الاقسط أى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة * والسبب في هذا الاختلاف هو هل يلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعق واليمين وغير ذلك .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل ينفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضاً في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق

بتقيد فالاستثناء من العدد لا يتبع فيه الاحداث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم يتبع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا واصل الاستثناء ظناً باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فإن قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وإن قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء .

﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من اني لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ماسيأتي .
وأما الطلاق والعاق فلا يخلو ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق أو العلق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم عيناً وأما ان يعلق الطلاق بشرط من الشرط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله أو ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه

وأما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق في المذهب فيه قولان أحدهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذي يخرج مخرج الشرط أو بالقول الذي يخرج مخرج الخبر * وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فإذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما يقع وهو المستقبل وإن قلنا انه حال للعقد وجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية إن الاستثناء في هذا مسحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يستندوا ان الاستثناء هو مانع لاحال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

(القسم الثاني من الجملة الثانية)

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد ، الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه وأحكامه ،
الفصل الثاني في رافع الحنث وهي الكفارات ، الفصل الثالث متى ترفع وتم ترفع

﴿ الفصل الاول ﴾

وافتقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما اعتدت عليه اليمين وذلك إما بفعل ما حلف على
الأيضه وإما ترك ما حلف على فعله إذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله إلى وقت
ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل أن يحلف لنا كل هذا الرغيف فأكله
غيره أو إلى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشروط فعله
في زمان محدود مثل أن يقول والله لا فعن اليوم كذا وكذا فإنه إذا اقضى النهار ولم يفعل حنث
ضرورة واختلفوا من ذلك في أربعة مواضع ، أحدها إذا أتى بالخالف ناسياً أو مكرهاً ،
والثاني هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعه ، والموضع الثالث هل
يتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ أو بمضمونه المخصص للصيغة والمعنى لها ، والموضع
الرابع هل اليمين على نية الخالف أو المستحلف

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ فإن ملكاً يرى السامى والمكره بمنزلة العايد والشافعى يرى
أن لا حنث على السامى ولا على المكره وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى «ولكن
بؤاخذكم بما عقدتم الايمان» ولم يفرق بين عامد وناس لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع
عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فإن هذين العمومين يمكن أن يخص كل واحد
منهما بصاحبه . وأما الموضع الثانى فمثل أن يحلف أن لا يفعل شيئاً بفعل بعضه أو أنه يفعل شيئاً
فلم يفعل بعضه فعند مالك أنه إذا حلف لى كان هذا الرغيف فأكل بعضه لا يبرأ إلا بأكله كله
وإذا قل لا أكل هذا الرغيف أنه يحنث أن أكل بعضه وعند الشافعى وأن حنثه أنه لا يحنث
في الوجعين جميعاً حملاً على الأخذ بكثرة ما يدل عليه الاسم . وأما تفرق مالك بين الفعل
والترك فلم يجرى في ذلك على أصل واحد لانه أخذ في الترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في
الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكانه ذهب إلى الاحتياط .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فنحن ان يحلف على شيء بعينه فهم منه القصد إلى معنى أعم من
ذلك الشيء الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شيء وينوى به معنى أعم أو أخص أو يكون

للشيء الذي حلف عليه اسما ، وأحدهما القوى ، والآخر عرفي وأحدهما أخص من الآخر .
وأما إذا حلف على شيء بعينه فإنه لا يبحث عند الشافعي وأبي حنيفة إلا بالخاتمة الواقعة في ذلك
الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وإن كان المقصود منه معنى أعم أو أخص من قبيل الدلالة
العرفية وكذلك أيضا فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد اللفاظ
فقط . وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن الاعتبار أولا عنده في الإيمان التي لا يقضى على حالفها
بموجبها ونية فإن عذمت فقرينة الحل فإن عذمت فعرف اللفظ فإن عدم ندلالة اللغة
وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ القوي فقط وقيل يراعى النية وبسط الحال ولا يراعى
العرف . وأما الإيمان التي يقضى بها على صاحبها فإنه إن جاء الحالف مستفتيا كان حكمه حكم
اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن كان مما
يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد بما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة
الحال أو العرف .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى
واختلوا في غير ذلك مثل الإيمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية
المستحلف ونبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اليمين على نية المستحلف وقال عليه
الصلاة والسلام : يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال
اليمين على نية الحالف فاعلم اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفي هذا الباب
فروع كثيرة لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع
الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعا إلى الاختلاف في هذه وذلك في الأكثر مثل
اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤسا فأكل رؤس حيتان هل يبحث أم لا فمن راعى عرف
قال لا يمين ومن راعى دلالة اللغة قال يبحث ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل لحما
فأكل شحما فن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال لا يبحث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق
على ما يتولد منه قال يبحث وبالجملة فاختلافهم في المسائل القروية التي في هذا الباب هي
راجعة إلى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة إلى اختلافهم في دلالات اللفاظ
التي يحلف بها وذلك أن منها ما هي مجملة ومنها ما هي ظاهرة . ومنها ما هي نصوص .

* (الفصل الثاني) *

وانفقوا على ان الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارتها) الآية وجمهورهم على أن الخالف اذا حنث بخير بين اثلاثه منها أعنى الاطعام أو الكسوة أو العتق وأنه لا يجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه اثلاثه لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام) الاماروى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ العيين أعتق أو كساوا اذا لم يغلظها أطعم واختلفوا من ذلك في سبع مسائل مشهورة . المسئلة الاولى في مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية في جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة في اشتراط التابع في صيام اثلاثه الايام أولا اشتراطه . الرابعة في اشتراط العدد في المساكين الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية السدسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب السابعة في اشتراط الايمان فيها

المسئلة الاولى * أمام مقدار الاطعام فقل مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مدمن حنطة عند النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالك قال المدخا ص باهل المدينة فقط لضيق معاشهم وأما سائر المذنب فيعطون الوسط من نفقتهم وقل ابن القاسم يجرى المدف كل مدينة مثل قول الشافعي وقل أبو حنيفة وأصحابه يعطهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قل فن غداهم وعشا هم أجزأه * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) هل المراد بذلك كلة واحدة أو قوت اليوم وهو غدا وعشاء فن قل كلة واحدة قال انه لوسط في الشبع ومن قال غدا وعشاء قال نصف صاع ولا خلافهم أيضا سبب آخر وهو رد هذه الكفارة بين كفارة افطر متعمدا في رمضان وبين كفارة الاذى فن شبهها بكفارة افطر قل مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز في ذلك ادام أم لا وإن كان فهو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قمارا وقل ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من ادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف أصحاب مالك من الاهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) فقيل أهل المكفر وعلى هذا التام خرج الوسط من الشيء الذي منه يعيش ان فطينة فطينة وان حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد الذي هو فيه وعلى

هذا فالمعتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهلهم إلا في المدينة خاصة .

❦ وأما المسئلة الثانية ❦ وهي المجزئ من الكسوة فإن مالكا رأى ان الواجب في ذلك هو أن يكسى ما يجزئ فيه الصلاة فإن كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسا ثوبا بين درعا وخمارا وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزئ في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم أزار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال أبو يوسف لا تجزئ العمامة ولا السراويل وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بأقل دلالة الاسم الأعزى أو المعنى الشرعى .

❦ وأما المسئلة الثالثة ❦ وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الايام اثلاثة في الصيام فمن مالكا و الشافعي لم يشترط في ذلك وجوب التتابع وان كانا استجابه واشترط ذلك أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في ذلك شيان . أحدهما هل يجوز العمل بالذريعة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات ، والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذ كان الاصل في الصيام الواجب بالترفع عنه والتتابع .

❦ وأما المسئلة الرابعة ❦ وهي اشتراط العدد في المسكين فمن مالكا والشافعي قالا لا يجزئ الا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة ان أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه . والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقد روى بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك اطعامه مسكينا واحدا على عدد المذكورين والمسئلة محتمة

❦ وأما المسئلة الخامسة ❦ وهي اشتراط الاسلام والحريية في المسكين فمن مالكا والشافعي اشتراطهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة . وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالقرقة قط أو بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأنا بناب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشتراط الاسلام في المسكين الذين يجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجزأ أن يكونوا غير مسلمين . وأما سبب اختلافهم في العيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذ كانوا مكفيين من ساداتهم في غالب

الاحوال أو بمن يجب أن يكفو فن راعى وجود القفر فقط قال العيسد والاحرار مساواة قد يوجد من العيسد من يحوجه سيد ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العيسد يجب على السيد انقيام بهم ويتضى بذلك عليه وان كان ممسرا نضى عليه بيمينه فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصداقات .

﴿ وأما المشقة السادسة ﴾ وهي هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فان قهها لا مصار شرطوا ذلك أعني العيوب المؤثرة في الايمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل ما يدل عليه الاسم أو بتمام ما يدل عليه ﴿ وأما المسئلة السابعة ﴾ وهي اشتراط الايمان في الرقبة أيضا فان ما الكا والشافعي اشتراط ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على القيد في الاشياء التي تنفق في الاحكام وتختلف في الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فن قال يحمل المطلق على القيد في ذلك قال باشرط الايمان في ذلك حملا على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى (فتحرر برقية مؤمنة) ومن قال لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما متى ترفع الكفارة الحنث ومحوه فانهم اختلفوا في ذلك فقال الشافعي اذا كفر بعد الحنث أو قبله فتدارفع الائم وقال أبو حنيفة لا يرفع الحنث الا بالكفر الذي يكون بعد الحنث لا قبله وروى عن مالك في ذلك القولان جميعا وسبب اختلافهم شيان أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام: من حلف على عین فرأى غير ما خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فان قوماً روه هكذا وقوم روه فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية أنها بعد الحنث * والسبب الثاني اختلافهم في هل يحزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من انظاره أن الكفارة انما يجب بعد الحنث كإزالة الحول ولما قل أن يقول ان الكفارة انما يجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا بد خله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أو مائة له فن قال مائة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يحزها الا بعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات

بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة ان كفارته كثرة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة في ذلك بتعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على أشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شئ واحد بيمينه مراراً كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة الا ان ير يداناً كيدوهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان ير يداناً تغليظاً وسبب اختلاف فهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالتعدد فن قال اختلافها بالتعدد قال لكل يمين كفارة اذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة * والسبب في اختلاف فهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء التي يشغل عليها القول الذي يخرج مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدداً تضمنته صيغة القول من الاشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد منها على أفرادها قال الكفارة متعددة بتعدد هذه وهذا القدر كف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله الامين برحمته .

— كتاب النذور —

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في أذنان النذور ، الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم ومجمل أحكامها ، الثالث في معرفة النذر الذي يلزم عنها أحكامها

— الفصل الاول —

والنذور تسمى أولاً قهين ، قسم من جهة اللفظ ، وقسم من جهة الاشياء التي تنذر . فاما من جهة اللفظ فانه ضربان . مطلق وهو المخرج مخرج الخير . ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين . مصرح فيه بالشئ المنذور به . وغير مصرح . فالاول مثل قول القائل

لله على نذر أن أحج . والثاني مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والاولر بما صرح فيه بلفظ النذر وور بما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج . وأما المقيد بالمخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى لله نذر كذا وأن أقفل كذا وهذا بما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وور بما علقه بفعل نفسه مثل أن يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء بمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بأيمان فهذه هى أصناف النذر من جهة الصيغ . وأما أصنافه من جهة الاشياء التى من جنس المعاني المنذورة . فاقسامها تنقسم الى أربعة أقسام . نذر بأشياء من جنس القرب . ونذر بأشياء من جنس المعاصى . ونذر بأشياء من جنس المكروهات . ونذر بأشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فبهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق فى القرب الا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعى ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحاً فيه بالشئ المنذور أو كن غير مصرح وكذلك أجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذراً بقرينة وانما صار الواجب انذره لعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ولان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخير بوقوع العقاب ينتقضه فقال « ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله » الآية الى قوله « بما كانوا يكذبون » * والسبب فى اختلافهم فى التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم فى هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً ، أو بالنية فقط . فن قال بهم امامه اذا قال لله على كذا وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شئ لانه اخبار بوجوب شئ لم يوجه الله عليه الا أن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال يتعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذا كان المقصود بالا قولى التى مخرجها مخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب وشبهه ان يكون من لم يلزم لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل

الامر بالوفاء على التذب وكذلك من اشترط فيه الرضا فاعما اشترطه لان القرية انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي . وأما مالك فالتذرع عنده لازم على أي جهة يقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجهه بالعلماء ليس يلزمه في ذلك شيء وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك انه روى في هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : من نذر أن يطيع الله فليطعمه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم التذرع بالعصيان ، والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء * ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب في ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير أيضاً عنده مناكير ولا كنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا لما لك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قائماً في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مره فليتكلم وليجلس وليصامه قالوا فأمره أن يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر أن ترك الكلام معصية وقد أخبر الله انه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة تعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنسب فالاصل فيه انه من المباحات .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة وقال أهل الظاهر ليس في ذلك شيء وقال أبو حنيفة في ذلك كفارة يمين *

وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك » وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي أعني من تحريم محل أو تحليل محرم وذلك أن التصرف في هذا إنما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه الله له بالشرع أنه لا يلزمه كمالا يلزم أن نذر تحليل شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) إزالته على التحريم يوجب أن تكون الكفارة محل هذا العقد وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الأولى تأولت التحريم المذكور في الآية أنه كان العقديين وقد اختلف في الشيء الذي نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم أن ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس أنه قال: إذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اختلافهم فيما إذا يلزم في نذر نذر من النذور واحكام ذلك فإن فيه اختلافا كثيرا لكن نشرع من ذلك إلى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي على عاداتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس بعين فيه الناذر شيئا سوى أن يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين وإما صار الجور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عتبة بن عامر أنه عليه السلام نذر كفارة النذر كفارة يمين خرجته مسلم . وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فأما ذهب مذهب من يرى أن الجزى أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر . وأما من قال فيه كفارة الظهار فخرج عن التيسار والسماع .

(المسئلة الثانية) اختلفوا على لزوم النذر بالمشي إلى بيت الله أعني إذا نذر المشي راجلا واختلفوا إذا عجز في بعض الطرق فقال قوم لا شيء عليه وقال قوم عليه واختلفوا إذا شاء على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة إلى أن عليه أن يمشي مرة أخرى من حيث عجز وإن شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروى عن علي وقال أهل مكة عليه هدى دون إعادة مشي وقال مالك عليه الامران جميعا يعني أنه يرجع فيمشي من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده

بدنة أو بقرة أو شاة أو بمحبرة أو بدنة * وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسئلة ومخالفة الأثرها وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمقنع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المقنع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج أراقه الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال إذا عجز فلا شيء عليه قال أبو عمر والسنن الواردة اثنتان في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدًا حديث عتبة ابن عامر الجهني قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله عز وجل فامرئتي أن أستغني لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستغنيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال تمشي ولتركب خرجهم مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يهادي بين ابنتيه فسألهن عنه فقالوا نذر أن يمشي فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله لعني عن تعذيب هذا نفسه وامرء أن يركب وهذا أيضاً ثابت .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشي إلى المسجد النبوي صلى الله عليه وسلم أو إلى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء * وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده أن نذر الصلاة في المسجد الحرام وانما وجب عنده المشي بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يمشي في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه وإن صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تسرج المظلي الاثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس إلى أن النذر إلى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت أن تمشي إلى مسجد قباء فسألت أن يمشي عنها * وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي إليه تسرج المظلي إلى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة القرض فيأعد البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فن قال لموضع صلاة القرض وكان القرض عنده لا يتنذر إذا كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشي إلى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو أنه أيضاً قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام: صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف

صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل القرض والنفل قال هو واجب لكن ابو حنيفة حمل هذا الحديث على القرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدى هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثاني أحق أن تكون من هذا الباب .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام إبراهيم فقال مالك ينحرجز ورافداه وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو أيضاً مروي عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدي ديتة وروى ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحج به وبقال الليث وقال أبو يوسف والشافعي لا شيء عليه لانه نذر معصية ولا نذر في معصية وبسبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل مات قرب به إبراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بل لازم فن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى أنه لازم لانا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصاً بإبراهيم ولم يكن شرعاً لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا أنه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم أيضاً في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على إبراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديتة واما حجه واما هدى بدنة واما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبيل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترفعه الكفار وذلك اذا كان نذراً على جهة الخير لا على جهة الشرط وهو الذي يسهونه عيماً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي للساكنين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخير ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التي صيغها هذه الصيغة أعنى أنه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في ذلك كفارة بين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها بحكم الايمان واما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوا اختلافوا في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يحج عليه اخراج جميع ماله وبه قال إبراهيم النخعي وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تحب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة ماله

أجزأه وفي المسألة قول خامس وهو أن المال كثير أخرج خمسة وإن كان وسطاً أخرج سبعة وإن كان يسيراً أخرج عشرة وحده ولا بالكثير بالعين والوسط بالف والقليل بخمسائة وذلك مروى عن قتادة * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعني من قال المدل كله أو ثلثه معارضة الأصل في هذا الباب للآثر وذلك أن ما جاء في حديث أبي لبيبة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يحجز بك من ذلك الثلث هونص في مذهب مالك . وأما الأصل فيوجب أن اللازم له أنما هو جميع ماله حملاً على سائر النذر أعني أنه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة إذ قد استثناء النص إلا أن مالكاً يلزم في هذه المسئلة أصله وذلك أنه قال إن خاف أو نذر شيئاً معيناً لم يره أن كان كل ماله وكذلك يلزم عندنا أن عين جزأ من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا يخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبيبة . وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب قتال أصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غير ما فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذفها نالوا أصابعه لا وجهه وقال عليه الصلاة والسلام : يأتي أحدكم بملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في أنه لا يلزم المال المعين إذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكاً لم تصح عنده هذه الآثار . وأما سائر الأقاويل التي قبلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حدف ذلك غير الثالث وهذا التقدير كاف في أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب . الباب الأول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها ، الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها وأستانها وعددها ، الباب الثالث في أحكام الذبائح ، الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

﴿ الباب الأول ﴾

اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعي إلى أنها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج تركها يعني ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره

وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الأمصار والموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا إنها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم شيان، أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام في ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الفحجة قط فبارى عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحية ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة . والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الأحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عند عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة أنه قال إذا دخل العشر فأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من أظفاره * توافقوه إذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة وإنما أمر عليه الصلاة والسلام لابي ردة بإعادة أضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة بعثني ابن عباس بدرهمين أشترى بهما له لحماً وقال من لقيت ذنل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال أنه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الفرض الذي يحجج به فيه فلا احتجاج به بضعيف واختلافوا هل يلزم الذي يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الأول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

(الباب الثاني) *

وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة، أحداها في تمييز الجنس، والثانية في تمييز الصفات، والثالثة في معرفة السن، والرابعة في العدد

المسألة الأولى * أجمع العلماء على جواز التضحايا من جميع بهيمة الأنعام واختلقوا في الأفضل من ذلك فذهب مالك إلى أن الأفضل في التضحايا الكباش ثم البقر ثم الإبل بعكس الأمر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الإبل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعي إلى عكس ما ذهب إليه . الثالث في التضحايا الإبل ثم البقر ثم الكباش وبه قال أشهب وابن شعبان * وسبب اختلافهم معارضة القياس للدليل القمّل وذلك أنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى إلا بكبش فكان ذلك دليلاً على أن الكباش في التضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى . وأما القياس فلأن التضحايا قرينة بحيوان فوجب أن يكون الأفضل فيها

الأفضل في الهدايا وقد احتج الشافعي مذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أحديت فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان . وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لثلاث أمارض القمل القول وهو الأولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذي فدى به إبراهيم سنة باقية إلى اليوم وإنما الاضحية وإن ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الآخرين فمن ذهب إلى هذا قال الكباش أفضل ومن رأى أن ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالأميرين جميعاً وإذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير إلى قول الشافعي وكلامهم مجمعون على أنه لا يجوز الضحية بغير بهيمة إلا نعام إلا ما حكى عن الحسن ابن صالح أنه قد تجوز الضحية ببقرة الوحش عن سبعة والطبري عن واحد .

❦ المسئلة الثانية ❦ أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها في الضحايا والمر بضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنق (١) مصير الحديث البراء من عازب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا تنق من الضحايا فأشار بيده وقال أربيع وكن البراء بشير بيده ويقول يدي أقصر من يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمر بضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنق وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الأربيع خفيفاً فلا تأثير له في منع الاجزاء واختلّفوا في موضعين ، أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عنها مثل العمى وكسر الساق ، والثاني فيما كان مساوياً لها في إفادة النقص وشبهها أعني ما كان من العيوب في الأذن والعين والذنب والفرس وغير ذلك من الأعضاء ولم يكن يسيراً . فاما الموضع الأول فإن الجمهور على أن ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها في أخرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا تمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها * وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أو يذهب الخصوص أو خاص أو يذهب العموم فن قال أو يذهب الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لا يمنع الاجزاء إلا هذه الأربعة فقط ومن قال هو خاص أو يذهب العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالادنى على الأعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أخرى أن لا يجوز ، وأما الموضع الثاني أعني ما كان من العيوب في سائر الأعضاء مفيد للنقص على

(١) العجفاء التي لا تنق أي التي لا مخ في عظامها

نحو اقادة هذه العيوب المنصوص عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها يمنع الاجزاء كنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثاني انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها به قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك ، والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم ، والثاني تمارض الأنا في هذا الباب . أما الحديث المتقدم فن رأ من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ماسوى الاربع مما هو مساو لها أو أكثر منها . وأما من رأ من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فن كان عنده انه من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان أشد منها ولا يلحق بها ما كان مساوياً لها في منع الاجزاء الأعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الأمرين جميعاً أعنى على ما هو أشد من ان ينطق به أو مساو له قال تنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها اجزاء كما يمنع العيوب التي هي أكبر منها فهذا واحد أسباب الخلاف في هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذى هو أكثر من ذلك أو الذى هو أكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك . وأما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن أبى بردة انه قال يا رسول الله أكفره النص يكون في القرن والاذن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما كرهته فدهه ولا تحرمه على غيرك وذكر عن أبى طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابة ولا بقاء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فن رجح حديث أبى بردة قال لا يبتى الا العيوب الاربع أو ما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث أبى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الشدى وأما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا أن يكون يدعى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف

في أن المرض البين يمنع الاجزاء وخرج أبوداودان النبي عليه الصلاة والسلام : نهى عن أعصاب الاذن والقرن واختلقوا في الصكاء وهي التي خلقت بلاذنين فذهب مالك والشافعي الى انها لا تحوز وذهب أبو حنيفة الى انه اذا كان خلفة جاز كالا جهم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلقوا في الا بترقوم أجاز ولحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدري انه قال اشترت كبشاً لا نحى به فا كل الذئب ذنبه فالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يصحح به وقيام أيضاً منعه حديث علي المتقدم .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم أجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المزمز بل التي فافوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرد إلا سره بالعادة يجوز يك ولا يجزى جذع عن أحد غيرك واختلقوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل اثني من الضأن : وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء في حديث أبي بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا تجزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم في هذه المسئلة لانه زعم ان أبانير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجري العنقة من قوله بجري المسند لتسامحه في ذلك وحديث أبي بردة لا مطمئن فيه . وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المتخصص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبو محمد بن حزم فيما نسب الى أبي الزبير في غالب ظني في قول له رد فيه على ابن حزم .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلقوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البقرة مضحياً عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعي وأبو حنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً أو مهدياً أو أجمعوا على ان الكبش لا يجزى الا عن واحد الا مار واد مالك من انه يجزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على

جهة الشركة . بل اذا اشتراه منفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت : كنا بمي فدخل علينا بلحمر فرفقنا ما هو فقالوا اخي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثوري على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للقياس المبني على الاثر الوارد في الهدايا وذلك ان الاصل هو أن لا يجوز الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضمان وانما قلنا ان الاصل هو أن لا يجوز الا واحد عن واحد لان المراد بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعي على ذلك . وأما الاثر الذي انبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيمار وي عن جابر انه قال . نحن نأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة وفي بعض روايات الحديث : من رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة نقاس الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا . وأما مالك فرجح الاصل على القياس المبني على هذا الاثر لانه اعتل حديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد ليس هو عنده واجباً وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لا يجوز الاشتراك لافي هدى تطوع ولا في هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل في ذلك وأجمعوا على انه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وان كان قدر وي من حديث رافع بن خديج ومن طر : بق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوي وجميعهم على انه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة دليل على ان الآثار في ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة وانما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه في الاجانب فوجب أن يكون الاقارب في ذلك في قياس الاجانب وانما فرق مالك في ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا في الحديث الذي احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلفوا في هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الاقيسة في هذا الباب اعني إما الحاق الاقارب بالاجانب وإما قياس الضحايا على الهدايا

(الباب الثالث)

ويتعلق بالذبح المختص بالضحا بالنظر في الوقت والذبح . اما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وفي انتهائه وفي الليالي المتحللة له . فاما في ابتدائه فانهم اختلفوا على ان الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فانما هي شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : أول ما نبذأ به في يومنا هذا وان صلى ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التي في هذا المعنى واختلفوا فمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لا حد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبي عليه الصلاة والسلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خراج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوي أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل غمهم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يحزى لانه لو كان هناك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر : من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الائمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم

يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فان مالك قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده . وبه قال ابو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيثان ، أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ما هي في قوله تعالى « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام » فقتل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة * والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق ذبح فن قال في الايام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجع دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذا الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الآية مع الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذا كان بانهاق من أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روى عن سميد بن جابر أنه قال : يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد انقصد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالي أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك * وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على التهار واللييلة مثل قوله تعالى « فقتلوا في داركم ثلاثة أيام » ومرة يطلقه على الايام دون الليالي مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوما) فن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليدكروا اسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا

النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني و يشبه أن يقال أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن إن سلمنا أن دلالة في الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الابتحو ضعيف من إيجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى أنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازها بهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . واما الذبح فإن العلماء استحبوا أن يكون المضحي هو الذي يل ذبح أضحيته بيده وانفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل يجوز الضحية أن ذبحها غيره بغير إذنه فقيل لا يجوز وقيل بالقرى بين أن يكون صديقاً أو ولداً أو اجنبياً أعنى أنه يجوز أن كان صديقاً أو ولداً ولم يختلف المذهب فيما أحسب أنه إن كان اجنبياً أنها لا يجوز .

﴿ الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا ﴾

وانفقوا على أن المضحي مأموران يأكل من لحم أضحيته ويتصدق بقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتز » وقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا : كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معاً أم هو مخير بين أن يفعل احدا المرين فقال مالك ليس له أن يفعل احدا المرين أعنى أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن المواز له أن يفعل احدا المرين واستحب كثير من العلماء أن يجمعها ثلاثاً ثلاثاً للادخار وثلاثاً للصدقة وثلاثاً للاكل بقوله عليه الصلاة والسلام: فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب في الاكل انه ليس بواجب في المذهب خلافاً لقوم أوجبوا ذلك وأظن اهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التي يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحومها واختلفوا في جلد ها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال ابو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالمروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رأى ان المعاوضة بالمروض هي من باب الانتفاع لاجماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

* (كتاب الذبايح) *

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة محل الذبيح والنحر وهو المذبح او المنحور ، الباب الثاني في معرفة الذبيح والنحر ، الباب الثالث في معرفة الآلة التي بها يكون الذبيح والنحر ، الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة ، الباب الخامس في معرفة الذبايح والنحر ، والاصول هي الاربعة والشروط يمكن أن تدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل في التعلم ان يجعل بابا على حديثه .

* (الباب الاول) *

والحيوان في اشتراط الذكاة في أكله على قسمين ، حيوان لا يحل الا بذكاة ، وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اختلفوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذي يعمل فيه الذبيح هو الحيوان البري ذو الدم الذي ليس بمحرم ولا متفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقد أو نطح أو ترذ أو فتراس سبع او مرض وان الحيوان البحري ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس بدمي مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل لذكاة أم لا وفي الحيوان الدمى الذي يكون نارة في البحر ونارة في البر مثل السلحفاة وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الاصناف التي نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففي هذا الباب إذا ست مسائل أصول .

المسئلة الاولى في تأثير الذكاة في الاصناف والخمسة التي نص عليها في الآية اذا أدركت حية ، المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة ، المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجنين ذكاة امه ام لا ، المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا ، المسئلة السادسة هل للحيوان الذي يأوى في البر نارة وفي البحر نارة ذكاة ام لا .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما المنخفة والموقودة والمتريدة والطيحة وما أكل السبع فاتهم انفقوا فيها أعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها أو الوقذ منها الى حالة لا يرجي فيها ان الذكاة عاملة فيها أعني انه اذا غلب على الظن انها تميش وذلك بان لا يصاب لها متل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة

والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجان ولكن الاشهر انها لا تعمل في الميؤس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤس منها على ضربين، ميؤسة مشكوك فيها، وميؤسة مقطوع بموتها وهي المنفوعة المقاتل على اختلاف بينهم أيضاً في المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها في المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوعة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (إلا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتأوله اللفظ وهو المنخفة والموقودة والمتردة وانطحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لا تأثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضاً شأن الاستثناء المنقطع في كلام العرب فن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة . وأما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد اُصحح من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجوم منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد اُصحح أيضاً من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فلا استثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) إنما هو لم الميتة وكذلك لم الموقودة والمتردة والنطحة وسائر ما لم الميتة بهذه الاسباب سوى التي عوت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت لأن لم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهية وهي حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلاً لكن الحق في ذلك أن كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في الذكاة من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لتغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تبطل الحلية من قبل الذكاة التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجود ذلك ويحفل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقيله كالحال في التحريم الذي لا يعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا للتحريم أعيانها بالتخصيص على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك

كذلك لم يلزم ما عترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلاً. وأما من فرق بين المنفوعة المقاتل والمشكوك فيها فيحمل أن يقال أن مذهبه أن الاستثناء منفصل وأنه انما جاز تأثير الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوك على المرجوة ويحمل أن يقال أن الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوفة بالقياس وذلك أن الذكاة انما يجب أن تعمل في حين يقطع عنها سبب الموت فاما إذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقود أو السائر فلابد يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوعة المقاتل وله أن يقول إن المنفوعة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهية.

المسئلة الثانية * وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمت الا كل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ماعدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ماسياني في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الا كل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ماعدا اللحم * وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحكم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحكم فن قال انها تابعة للحكم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيها سواء من رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحكم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه.

المسئلة الثالثة * واختلفوا في تأثير الذكاة في البهيمة التي أشرقت على الموت من شدة المرض بعد انقاعهم على عمل الذكاة التي لم تشرق على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة القياس للآثر فاما الآثر فهو ما روى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنابلسم فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم. وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها انما تعمل في الحي وهذه في حكم الميت وكل من أجاز بحكم فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة واختلفوا فيها هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم اعتبرها بالاول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبرها بثلاث حركات طرف

العين وتحريك الذنب والرخص بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه النفس وهو مذهب ابن حبيب .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلقوا هل تعمل ذكاة الام في جنتها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة لجنتها وبه مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ان خرج حيأ ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم في صحة الامر المروى في ذلك من حديث أبي سعيد الخدري مع مخالفته للاصول وحديث أبي سعيد هو قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنتنا أنا كله أم نلقيه فقال : كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر واختلقوا في تصحيح هذا الامر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحمد بن محمد الترمذي وأما مخالفة الاصل في هذا الباب للآخر فهو ان الجنين اذا كان حيأ ثم مات بموت أمه فأمّا يموت خنقا فهو من المنخقة التي ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرخص سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولا اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام : ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضى ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محملا لذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبات شعره وتم خلقه وبعضه هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر إلا أن ابن أبي ليلى سمي الحفظ عندهم والقياس يقتضى أن تكون ذكاته في ذكاة أمه من قبل ان جرح منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلقوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عند هوان يقتل إما بقطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يحوز كل ميتة وبه قال مطرف

وذكاة ما ليس بذى دم عند مالك كذكاة الجراد * وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناولها اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثره حوت أو حيوان يرى

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة أم لا فقلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالباً .

(الباب الثاني في الذكاة)

وفي قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية في صفة الذكاة .

(المسئلة الاولى) اتفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة النعم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يحوز فيها الذبح والنحر واختلفوا هل يجوز النحر في النعم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر في النعم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين النعم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة الفعل للمعوم . فاما المعوم فقوله عليه الصلاة والسلام: ما أنهر الدم وذكرا سم الله عليه فكوا أو أما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نحر الابل والبقر وذبح النعم وأما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) وعلى ذبح النعم لقوله تعالى في السكبيش (وفديناه بذبح عظيم) .

(المسئلة الثانية) وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرى والجلقوم ميسر للكل واختلفوا من ذلك في مواضع ، أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل أو الاكثر وهل من شرط القطع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من

جهة العتق جازاً كلها أم لا وهل ان عمادى فى قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل فى عدد الملقوع وفى مقداره وفى موضعه وفى نهاية القطع وفى جهته أعنى من قدام أو خلف وفى صفته

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وأنه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب فى ان الشرط فى قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف فى قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال الواجب فى التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة إما الحلقوم والودجان وإما المرى والحلقوم واحد الودجين أو المرى والودجان وقال الشافعى الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة وسبب اختلافهم أنه لم يأت فى ذلك شرط متقول وإنما جاء فى ذلك أثران ، أحدهما يقتضى إنهار الدم فقط ، والاخر يقتضى قطع الوداج مع انهار الدم فى حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : ما انهر الدم وذكرا سم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابى امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ما فرى الوداج فكلوا ما لم يكن رضى ناب أو نخر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفى الثانى قطع جميع الوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين إما احدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التمرى فى قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف فى كلام العرب قد تدل على البعض . وأما من اشترط قطع الحلقوم أو المرى فليس له حجة من السماع واكثر من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة كانت شرطاً فى التحليل ولم يكن فى ذلك نص فيما يجزى وجبان يكون الواجب فى ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستئذان من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً فى الصحة .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ فى موضع القطع وهى ان لم يقطع الجوزة فى نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه فى المذهب فقال مالك وابن القمام لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل . وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط فى الذكاة أو ليس بشرط

فمن قال انه شرط قال لا بد ان يقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليباً ومن قال انه ليس بشرط قال ان يقطع فوق الجوزة جاز .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي ان يقطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوعة المقاتل أم لا تشمل وذلك ان اقاطع لاعضاء الذكاة من التقا لا يصل إليها بالنقطع الا بعد قطع انتخاع وهو مقتل من المقاتل فتزد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي أن يمتدأ الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينقطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متمم أدون جهل وتؤكل ان قطعها ساهياً أوجاهلاً

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد نباعه ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلقوا اذا أعاد يده فور ذلك وبالقراب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختيار هل تمت الذكاة أم لا فاعادها على الفوران تبين لهما لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعنى أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منقوضة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنقوضة المقاتل .

(الباب الثالث فيما تكون به الذكاة) *

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفري الاوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلقوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم

ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا من وعين أو لا يكونا من وعين فأجاز التذكية بهما اذا كانا من وعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكر وهما غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف في السن والظفر فيه على الاقوال الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق فهما بين الانفصال والانصال وبالكراهية لا بالمنع * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله إن الألقوا العدو غداً وأبس معامدى فنذبح بالنصب فقال عليه الصلاة والسلام: ما نهر الدم وذكرا سم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه . أما السن فمظوم . وأما الظفر فدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس في طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معطل والذين فهموا منه أنه شرع غير معطل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك انه لا ينهر الدم غالباً قال اذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معطل وأنه يدل على فساد المنهي عنه قال ان فعل وانهر الدم ثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام: ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليجد أحدكم شفرة وليروح ذبيحته خرجه مسلم .

﴿الباب الرابع في شروط الذكاة﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل ، المسئلة الاولى في اشتراط التسمية ، الثانية في اشتراط البسالة ، الثالثة في اشتراط النية .

﴿المسئلة الاولى﴾ واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال ، قيل هي فرض

على الإطلاق، وقيل بل هي فرض مع الذك كساقطة مع النسيان، وقيل بل هي سنن مؤكدة
وبالقول الأول قال أهل الظاهر وابن عمر والشامي وابن سيرين، وبالقول الثاني قال
مالك وأبو حنيفة والثوري، وبالقول الثالث قال الشافعي وأصحابه وهو مروي عن ابن عباس
وأبي هريرة، وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر. فاما الكتاب فقوله
تعالى «ولانا كلوا مما يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق» وأما السنة المعارضة لهذه الآية
فأرواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتل يارسول الله
إن ناساً من البادية يأتوننا بطحمان ولا ندري اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم: سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك إلى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا
الحديث كان في أول الإسلام ولم يرد ذلك الشافعي لأن هذا الحديث ظاهره أنه كان بالمدينة
وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بأن حمل الأمر بالتسمية على الندب
• وأما من اشترط الذك في الوجوب فصيراً إلى قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي
الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه •

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما استقبال القبلة بالذبيحة فإن قوماً استحجوا ذلك وقوماً أجازوا
ذلك وقوماً أوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكرهية والمنع موجودان في
المذهب وهي مسألة مسكوت عنها والأصل فيها الإباحة إلا أن يدل الدليل على اشتراط ذلك
وليس في الشرع شيء يصلح أن يكون أصلاً تقاس عليه هذه المسئلة إلا أن يستعمل فيها قياس
مرسل وهو القياس الذي لا يستند إلى أصل مخصوص عندهم أجازوه أو قياس شبه بعيد
وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف
لأنه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك
قياسه على استقبال القبلة باليت •

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما اشتراط النية فيها فقليل في المذهب بوجوب ذلك ولا إذ كرهها
خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك ويشبه أن يكون في ذلك قولان، قول بالوجوب،
وقول بترك الوجوب فنوجب قال عبادة لا يشترط الصفة فيها والعدد فوجب أن يكون من
شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه
فوجب أن لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عنها •

﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيرته ومن لا تجوز ﴾

والمدكور في الشرع ثلاثة أصناف، صنف اتفق على جواز تذكيرته، وصنف اتفق على منع ذكره، وصنف اختلف فيه. فاما الصنف الذي اتفق على ذكره فن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضيق الصلاة. وأما الذي اتفق على منع تذكيرته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى « وما ذبح على النصب » ولقوله « وما اهل به لغير الله » وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضيق الصلاة السارق والغاصب. فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبحهم لقوله تعالى « وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم » ومختلفون في التنصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا من دين وذبحوا لا تقسمهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة تمام تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها هم على انفسهم اذ يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في مقابلات هذه الشروط أعني اذا ذبحوا لمسلم باستنابته او كانوا من نصارى بني تغلب او من دين واذا لم يعلم انهم سموا الله او جهل مقصود ذبحهم او علم انهم سموا غير الله لما يذبحونه لكتبتهم واعبادهم وكانت الذبيحة محارمة عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر او كانت محارمها على انفسهم مثل الذبايح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقه إلهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقليل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى « وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم » قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستناب تجزى وهو اصل قول ابن وهب .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي ذبايح نصارى بني تغلب والمردين فان الجمهور على أن ذبايح النصاري من العرب حكمها حكم ذبايح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبايحهم وهو احد قول الشافعي وهو مروى عن علي رضي الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين او المتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة

بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم . واما المرتدان الجمهور على ان ذبحته لا تؤكل وقال اسحاق ذبحته جائزة . وقال الثوري مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناول اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او يتناوله .

﴿وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّلَاثَةُ﴾ وهي إذ لم يعلم أن أهل الكتاب هموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروى عن علي ولست أذكر فيه في هذا الوقت خلافاً وبتطرق إليه الاحتمال بأن يقال إن الأصل هو أن لا يؤكل من تذكيته إلا ما كان على شروط الإسلام فإذا قيل على هذا أن التسحية من شرط التذكية وجب أن لا تؤكل ذبائحهم بالشك في ذلك . وأما إذا علم أنهم ذبحوا ذلك لأعيادهم أو كنائسهم فإن من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول الشَّيبِ ومَنْهُمْ مَنْ حَرَّمَهُ وَهُوَ الشَّافِعِيُّ * وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ تَعَارُضُ عُمُومَى الْكِتَابِ فِي هَذَا الْبَابِ وَذَلِكَ : أَنْ قَوْلَهُ تَعَالَى « وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَالٌ لَكُمْ » يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَخْصُصاً لقَوْلِهِ تَعَالَى « وَمَا هَلْ بِهِ لغير الله » وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ تَعَالَى « وَمَا هَلْ بِهِ لغير الله » مَخْصُصاً لقَوْلِهِ تَعَالَى « وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَالٌ لَكُمْ » إِذْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِحُّ أَنْ يَسْتَنَى مِنَ الْآخَرِ فَنَجَلَّ قَوْلُهُ تَعَالَى « وَمَا هَلْ بِهِ لغير الله » مَخْصُصاً لقَوْلِهِ تَعَالَى « وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَالٌ لَكُمْ » قَالَ لَا يَخُوزُ مَا هَلْ بِهِ لِلْكَتَائِسِ وَالْأَعْيَادِ وَمِنْ عَكْسِ الْأَمْرِ قَالَ يَخُوزُ . وَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الذَّيْبَةُ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِمْ فَقِيلَ يَكْرَهُ وَلَا يَمْنَعُ وَالْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ وَاجْتِهَادُ الْمَذْهَبِ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِمْ بِالْأَوَّلِ وَأَنْ تَكُونَ مُبَاحَةً بِالثَّانِي . وَاعْنِ بِأَبَاحَةِ مَا ذَبَحُوا أَعْمَاءَ مُحَرَّمًا عَلَى أَقْسَمِهِمْ وَمَنْعَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَقِيلَ يَكْرَهُ وَلَا يَمْنَعُ وَالْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ وَاجْتِهَادُ الْمَذْهَبِ الْمَنْعُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَالْأَبَاحَةُ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ وَالتَّفَرُّقُ عَنْ أَشْهَبٍ وَأَصْلُ الْاِخْتِلَافِ مَعَارِضَةُ عُمُومِ الْآيَةِ لَا شَرَطَ نِيَّةٍ أَلَا كَأَنَّ عِنْدَ أَهْلِ التَّحْلِيلِ الذَّيْبَةُ بِالتَّذْكِيَةِ فَقَالَ ذَلِكَ شَرْطٌ فِي التَّذْكِيَةِ قَالَ لَا يَخُوزُ هَذِهِ الذَّبَائِحُ لِأَنَّهَا لَا يُعْتَقَدُ تَحْلِيلُهَا بِالتَّذْكِيَةِ وَمَنْ قَالَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِيهَا وَتَمَسَّكَ بِعُمُومِ الْآيَةِ الْحَلَلَةَ قَالَ يَخُوزُ هَذِهِ الذَّبَائِحُ وَهَذَا بَيْنَهُمَا سَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي أَكْلِ الشَّحُومِ مِنْ ذَبَائِحِهِمْ وَلَمْ يَخَالَفْ فِي ذَلِكَ أَحَدٌ غَيْرَ مَالِكٍ وَاصْحَابِهِ فَهُمْ مَنْ قَالَ أَنَّ الشَّحُومَ مُحَرَّمَةٌ وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبٍ وَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ مَكْرُوهَةٌ وَقَوْلَانِ عَنْ مَالِكٍ وَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ مُبَاحَةٌ وَيَدْخُلُ فِي الشَّحُومِ سَبَبٌ آخَرٌ مِنْ أَسْبَابِ الْخِلَافِ سَمَوِيٍّ مَعَارِضَةُ الْعُمُومِ لَا شَرَطَ عِنْدَ أَهْلِ التَّحْلِيلِ الذَّيْبَةُ بِالتَّذْكِيَةِ أَوْ لَا تَنْبِضُ فَنَ قَالَ تَنْبِضُ قَالَ لَا تَأْكُلُ كُلَّ الشَّحُومِ وَمَنْ قَالَ لَا تَنْبِضُ قَالَ يَأْكُلُ كُلَّ الشَّحُومِ وَيَدُلُّ عَلَى تَحْلِيلِ شَحُومِ ذَبَائِحِهِمْ

حديث عبد الله بن مغل إذا صاب جراب الشحم يوم خير وقد تقدم في كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضي والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو في وقت شريعة الاسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط أيضاً أن يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شرعيتهم لانه لو اشترط ذلك لما جازأ كل ذبائحهم بوجه من الوجود لكون اعتقاد شرعيتهم في ذلك منسوخ واعتقاد شرعيتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله أعلم . وأما المجوس فإن الجمهور على أنه لا يجوز ذبائحهم لانهم مشركون ونسك قوم في إجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنواهم سنة أهل الكتاب . وأما الصابون فلا اختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة العبي فإن الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكرهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب * والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وإنما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصبت شاة قادر كنها فذكبتها بحجر فسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فإن مالك لم يحز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي * وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فن اشتراط النية منع ذلك إذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتصق وأما جواز تذكية السارق والغاصب فإن الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى انما مئة . وبه قال داود واسحاق بن راهويه * وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المني عنه أو لا يدل فن قال يدل قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتناولها وتعلكها فإذا ذكاهما فسدت التذكية ومن قال لا يدل الا اذا كان المني عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهما جائزة لانه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأساً وقد جاء بالبحر في الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى وهذا التقدير كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم

﴿ كتاب الصيد ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أيضاً أربعة أبواب، الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد، الثاني فيما به يكون الصيد، الثالث في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشتركة في عمل الذكاة في الصيد، الرابع فيمن يجوز صيده .

﴿ الباب الاول ﴾

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » ثم قال « واذا حللتم فاصطادوا » واتفق العلماء على أن الامر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كإتفاقه وأعلى ذلك في قوله تعالى « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابغوا من فضل الله » أعني أن المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهي وإن كان اختلفوا هل الامر بعد النهي يقتضي الاباحة أو لا يقتضيه وانما يقتضي على أصله الوجوب وكرهه نالك الصيد الذي يقصده السرف والمتأخرين من استحبابه فيه تفصيل محصل قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تغفل في القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابتنا هذا ان كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريناً بالمنطوق به . وأما محل الصيد فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو الممك وأصنافه ومن الحيوان البري الحلال الا كل الغير متأنس واختلوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدروا على أخذه ولا بجمه أو نحوه فقال مالك لا يؤكل الا أن ينحر من ذلك ما ذكاه النحر ويذبح ما ذكاه الذبح أو يفعل به أحدهما ان كان مما يجوز فيه الامر ان جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدروا على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للخير وذلك أن الاصل في هذا الباب هو أن الحيوان الانسي لا يؤكل الا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالقتل . واما الخيل المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فنتد منها بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فخبسه الله تعالى به فقال النبي

عليه الصلاة والسلام: إن لهذه البهائم أوبدًا كأوبد الوحش فاند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول أنه جار مجرى الأصل في هذا الباب وذلك أن العلف في كون المفرد كاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه لأنه وحشى فقط فإذا وجد هذا المعنى من الانسى جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسماع .

﴿ الباب الثاني فيما يكون به الصيد ﴾

والأصل في هذا الباب آتان وحديثان الآية الأولى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا ليلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم » . والثانية قوله تعالى « قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مأكلين » الآية . وأما الحديثان ، فأحدهما حديث عدي بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وإن أكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون أعما أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيره فلا تأكل فانتاسعت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المراض فقال إذا أصاب برضه فلا تأكل فنه وقيد . وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة الخشني وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : ما أصبت بقومك قسم الله ثم كل وما صدت بكلك الله ثم كل وما صدت بكلك الذي ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل . وهذا الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما والآلات التي يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارج . ومحدد . ومتقل . فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك بما جرى مجراها ما يقرر ما عدا الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسى وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلامعنى لا عاده . وأما المتقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمرأض . والمجر فن العلماء من لم يجز من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجاز على الإطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المراض أو المجر بثقله أو بحدده إذا خرق جسد الصيد فأجازوه إذا خرق ولم يجزوه إذا لم يخرق . وهذا القول قال مشاهير فقهاء الأمصار الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم وهو راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد * وسبب اختلافهم

معارضة الأصول في هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الآخر لها وذلك أن من الأصول في هذا الباب أن الوقيذ محرم بالكتاب والجماع ومن أصوله أن العرذ كاة الصيد فن رأى أن ما نقل المراض وقيد منه على الإطلاق ومن رأى عتراً مختصاً بالصيد وأن الوقت غير معتبر فيه أجازة على الإطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فصيماً إلى حديث عدى بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فالأحق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط . فاما النوع الذي اختلفوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصري وإبراهيم النخعي وقادة وقال أحمد ما عرّف أحداً يرخّص فيه اذا كان بهما وبه قال اسحاق . وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلماً * وسبب اختلافهم معارضة التماس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكيبين» يقتضى نسبة جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود البهم يقتضى في ذلك التماس ان لا يجوز اصطیاده على رأى من رأى أن النهي يدل على فساد النهي عنه . وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فباعداء الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية ففهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذاهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعلم من جميع الجوارح فهو آلة لذة كاة الصيد وقال قوم لا اصطیاد بجوارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم في هذا الباب شيان ، أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد في الكلاب أعنى قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكيبين» الا أن يتأول ان لفظة مكيبين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى في الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى في لفظة مكيبين ، والسبب الثانى هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد فن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكيبين هى مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو انه لا يوجد الامساك الا في الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجوارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعلم . وأما من

استثنى من ذلك البازي فقط فصر إلى ما روى عن عدي بن حاتم أنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال: «أمسك عليك فكل خرجه الترمذي فذهب إلى أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح . وأما الشرط المشترك في الجوارح فإن منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكبين» وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشرطه فقال قوم التظيم ثلاثة أصناف ، أحدها أن يدعو الجارح فيجيب والثنى أن تشليه فينشل ، والثالث أن تزجره فيزجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وإنما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضاً في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح ففهم من اشتراطه على الإطلاق ومنهم من اشتراطه في الكلب فقط وقول مالك أن هذه الشرط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أحياه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل الزبابة والصقور وهو مذهب مالك أعني أنه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل واشترطه بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عدا من جوارح الطيور ومنهم من اشتراطه كالقناني الكلال والجمهور على جواز كل صيد البازي والصقور وإن أكل لأن تضرته انما تكون بالاكل فالخلاف في هذا الباب راجع إلى موضعين: أحدهما هل من شرط التعليم أن يزجر إذا زجر . والثاني هل من شرطه ألا يأكل * وسبب الخلاف في اشتراط ألاكل أو عدمه شيان ، أحدهما اختلاف الآثار في ذلك . والثاني هل إذا أكل فهو ممسك أم لا فاما الآثار فيها حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه فإن أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكر اسم الله فكل قلت وإن أكل منه يارسل الله قال وإن أكل فمن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث عدي بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل ومن رجح حديث عدي بن حاتم أنه حديث متفق عليه وحديث أبي ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال إن أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأثوري وهو قول ابن عباس وخص في أكل ما أكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة أنه ليس الاكل بدليل على أنه لم يمسه لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الله كالة لأن نية الكلب غير

معلومة وقديسك لسيدته ثم بيدوله فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «فكلوا مما أمكن عليكم» وللا مساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو المادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فإن أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه . وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي لا يزدجر لا يسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذ لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا فقيه التردد وهو سبب الخلاف

﴿ الباب الثالث ﴾

﴿ في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها ﴾

واقفوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي المعرواختلفوا في شروطها اختلافا كثيرا وإذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشتركة في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان في الذكابين أعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تخص هذه الذكاة، أحدها انها لم تكن الآلة أو الجارح الذي اصاب الصيد قد أخذ مقائله فانه يجب ان يذكر ذكاة الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح او من الخرب واما ان كان قد أخذ مقائله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب، والثاني ان يكون الفاعل الذي اصيب به الصيد مبدأ من الصائد لا من غيره أعني لا من الآلة كالحال في الحباله ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلى من ذاته، والثالث أن لا يشاركه في انقتر من ليس عقده ذكاة، والرابع أن لا يشك في عين الصيد الذي اصابه وذلك عند غيبته عن عينه، والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت الارسل عليه، والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء ور بما انفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أقلت الجارح من يده او خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا تردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط أولا يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير متغذو المقاتل ان يذكر اذا قدر

عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حياً فيموت في يده قبل أن يتمكن من ذكائه فان
أباحنسة منع هذا وأجازهم مالك وراه مثل الاول اعني اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى
مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فاشبهه المقرط
أو لم يشبهه فلم يقع منه تعريض واذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط المشتقة في الصيد
مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد نفسه على ماسياً فيجب ان يذكر منها ما اتفقوا
منه عليه وما اختلفوا فيه واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول .
اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيها وسببه في كتاب الذبايح ومن قبل اشتراط النية
في الذكاة لم يحز عند من اشتراطها اذا ارسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد
الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو نوري ذلك جائز ويؤكل
ومن قبل هذا أيضاً اختلف اصحاب مالك في الارسل على صيد غير مرئي كالذي يرسل على
ما في غيضة أو من راء أكمة ولا يدري هل هنالك شيء أم لا لان التخصيص في هذا يشوبه شيء من
الجهل . واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهوان عقر
الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حياً فاشتراطه قال جمهور
العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام : وان
أدركته حياً فاذبحه وكان التخصيص قول اذا أدركته حياً ولم يكن ملك جديدة فأرسل عليه
الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصري مصيراً لمعوم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن
عليكم » ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فأدركه ميتاً
فان كان منفوذ المقاتل يسهم حل أكله والالم يحل من أجل انه لو لم يتوان لكان يمكن ان يدركه
حياً غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهوان يكون الفعل مبدؤاً من القانص ويكون متصلاً
حتى يصيب الصيد فن قبل اختلافهم فيه اختلفوا في نصيبه الحبال والشبكة اذا أهدت
المقاتل بمجدد فيها ففتح ذلك مالك والشافعي والجمهور وخص فيه الحسن البصري ومن هذا
الاصل لم يحز مالك الصيد الذي ارسل عليه الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد اليه من قبل
نفسه . واما الشرط الثالث وهو أن لا يشارك في العقر من لبس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع
عليه فيما ذكرناه لا يدري من قتله . واما الشرط الرابع وهوان لا يشك في عين الصيد ولا في
قتل جارحه له فن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس
بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثر آمن كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت قابذاً

بات فاني أكرهه وبالكرامية قال الثوري وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل
وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجدتهما في المقاتل وقال مالك
في المدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجدتهما في المقاتل . وقال الشافعي القياس أن لا
تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابو حنيفة اذا توارى الصيد والكب في طلبه فوجده المرسل
مقتولا جازأكله ما لم يترك الكب الطلب فان تركه هنا كاله . وسبب اختلاف فهم شيان
اثنان الشك العارض في عين الصيد او في ذكاته . والسبب الثاني اختلاف الآثار في هذا
الباب فروى مسلم والنسائي والترمذي وابوداود عن ابي ثعلبة عن النبي عليه الصلاة والسلام
في الذي يدرك صيده بعد ثلاث فقال : كل ما لم ينتز وروى مسلم عن ابي ثعلبة أيضا عن النبي
عليه الصلاة والسلام قال : اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يبت وفي حديث
عدي بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبيع
وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلاف فهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه
الجارح فيسقط في ماء او تردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لانه لا يدري من أى
الامر ين مات الا ان يكون السهم قد أهدم مقاتله ولا يشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال ابو
حنيفة لا يؤكل ان وقع في ماء منفوذ المقاتل و يؤكل ان تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا اذا
أصبحت المقاتل وقع في ماء او تردى من موضع عال لا مكان ان يكون زهوق قسمه من قبل
التردى او من الماء قبل زهوقها من قبل انقاذ المقاتل . واما من منه صدم الجارح له فان ابن
القاسم منعه قياسا على المقتل وأجازه شهاب لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولم
يختلف المذهب ان مات من خوف الجارح انه غير ذكي . واما كونه في حين الارسال غير
مقدور عليه فانه شرط فباء علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدوراً على أخذه
بالسدود خوف أو غرراً ما من قبل انه قد نشب في شئ أو تعلق بشئ أو رماه احد فكسر
جناحه أو ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف
فيها الصيد بأنه مقدور عليه او غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع في حفرة فيقبل في
المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل واختلاف في صفة العثر اذا ضرب الصيد فابن منه عضو فقال
قوم يؤكل الصيدون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا و فرق قوم بين ان يحسبون ذلك
المعضومقتلا او غير مقتل فقالوا ان كان مقتلاً كلاهما وان كان غير مقتل أكل الصيد ولم
يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافاً في أن يكون القطع بنصفين او يكون

أحدهما أكبر من الثاني * وسبب اختلاف فهم ما رضى قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة لمصوم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولمصوم قوله تعالى « تنالوا بهديكم » فن غلب حكم الصيد وهو المقرر مطلقاً قال يؤكل الصيد والمضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى مأ واستثنى من ذلك الصوم بالحديث المضو المقطوع قتال يؤكل الصيد دون المضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستمرة اعنى في قوله وهي حية فرق بين أن يكون المضو مقتلاً أو غير مقتل .

﴿ الباب الرابع ﴾

﴿ في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذابح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياذ في البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرماً ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى « وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » فان اصطاد محرماً فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لأحد أصلاً اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثوري الى انه يجوز لغير المحرم أكله * وسبب اختلاف فهم هو الاصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوس المعلم فقال مالك الاصطياذ به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكلبين » متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب العقيدة ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب ، الاول في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة علمها ، الثالث في معرفة من يبق عنه وكيفية ، الرابع في معرفة وقت هذا النسك ، الخامس من هذا النسك وصفته ، السادس حكم الحما وما رآه أجزائها . فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى

انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع . وسبب اختلافهم
 تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة
 والسلام: قال كل غلام مرتين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويحاط عنه الاذى يقتضى الوجوب
 وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب المقوق ومن ولده ولده
 فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضى النسب أو الاباحة فمن فهم منه التنب قال العقيقة
 سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود ومن أخذ
 بحديث سمرة أوجبها . وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في
 الضحايا من الاذواج الثمانية . وأما مالك فاختلف فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف
 قوله هل يحزى فيها الابل والبقر ولا يحزى وسائر النعماء على أصلهم أن الابل أفضل من
 البقر والبقرة أفضل من النعم . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الاثر
 لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً
 وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود . وأما القياس فلانها نسك
 فوجب أن يكون الاكظم فيها أفضل قياساً على الهدايا . وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه
 يعق عن الذكر والابن الصغير ينقطع وشذا الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن
 يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلتها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام : يوم سابعه
 ودليل من خلف ما روى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام : علق عن نفسه بعد ما
 بعث بالنبوة ودليلهم أيضاً على تعلتها بالابن قوله عليه الصلاة والسلام : عن الجارية شاة وعن
 الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام : كل غلام مرتين
 بعقيقته . وأما المدنفان ائتمهاواختلوا أيضاً في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والابن شاة
 شاة وقال الشافعي وأبو نوري وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان . وسبب
 اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فنها حديث أم كرز السكبية خرجها أبو داود قال
 سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن
 الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق في ذلك بين الذكر والابن وما روى
 انه علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضى الاستواء بينهما . وأما وقت هذا النسك فان
 جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لا يمد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولدته
 اوعبد الملك ابن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان عقى ليلال يحزمو واختلف

أحباب مالك في مبدأ وقت الاجزاء قليل وقت الضحايا أعنى غنى وقيل بعد الصجر قياساً على قول مالك في الهدايا ولا شك ان من أجاز الضحايا ليلاً أجاز هذه ليلاً وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث . وأما سنن هذا النسك وصفته فسن الضحايا بوصفها الجائزة أعنى انه يتقرب فيها من العيوب ما يتقرب في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ولا خارجاً منه . وأما حكم لحما وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على انه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمى قال كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا ندبح ونحلق رأسه ونطبخه بزعفران وشذا الحسن وتادة قتالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعرة فضة قليل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والة ولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلفت شعر الحسن والحسين وزينب وام كلثوم تصدقت بزنة ذلك فضة .

كتاب الاطعمة والاشربة

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بمحمتين ، الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار ، الجملة الثانية نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار .

الجملة الاولى ﴿ والاغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذي يفتدى به فنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرئى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة نعمة الميتة والمنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال بخالطه نجس . فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال ، فقال قوم هي حلال باطلاق ، وقال قوم هي حرام باطلاق ، وقال قوم ما طاف من المأكول حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال . وسبب اختلافهم تمارض الاقارب

في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقة لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فالأعموم فهو قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة » وأما الآخر فالمعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى العنبر أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشر بن يوم أو شهر ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكبروه فقال هل معكم من لحمه شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا إنما يمارض الكتاب معارضة كلية يفهمه لا بلفظه ، وأما الحديث الثاني المختلف فيه فارواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فاروى إسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ما أتى البحر أوجز عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك . وسبب ضعف حديث مالك أن في رواه من لا يعرف وأنه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواه معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات أوقفوه على جابر فنرجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لشهادة عموم الكتاب لهم يستثنى من ذلك إلا ما جزر عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالاباحة مطلقاً . وأما من قال بالمنع مطلقاً فقصير إلى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقاً قال مالك والشافعي والمنع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالهرق . وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلفوا في أكلها . وسبب اختلافهم معارضة القياس لأن الأثر ما لا يفرق روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والباية أخرجه أبو داود عن ابن عمر . وأما القياس الممارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينتقل إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فإذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينتقل من ذلك حكم ما ينتقل إليه وهو اللحم كما لو انتقل تراباً أو كغلاب الدم لحماً والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها . وأما النجاسة فتخالط الحلال فلا صل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة ومجونه أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع في السمن فقال ان كان جملدا فاطرحوها وما حوّلها وكلوا الباقي وان كان ذائباً فارقوه أولاً ثم بوه وللعلماء في النجاسة فتخالط الأطعمة الحلال مسدبان ،

أحد هـ من معتبر في انصره المخالطة فقط وان لم يتغير الطعام لونه ولا رائحة ولا طعم من قبيل
التجاسة التي خالفته وهو المشهور والذي عليه الجمهور، والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير
وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم الحديث
وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أر يده الخاص وعم أهل الظاهر قالوا هذا الحديث
يعر على ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالتجاسة أولاً تغيرها بما ومنهم من جعله من باب
الخاص أر يده العام وعم الجمهور فقالوا المفهوم منه أن بنفس مخالطة النجس ينحس الحلال
الأنه لم يتعل لم التعرق بين أن يكون جعداً أو ذائباً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وإن كانت
في إحدى الحالتين أكثر أعنى في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة
والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصر وامن بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على
القياس عليه ولذلك أقرنه الظاهرة كله على ظاهره . وأما المحرمات لعينها فما اغتوا أيضاً عليه
ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فالحق المسلمون منها على اثنين لحم الخنزير والدم فأما
الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده
مدبوغاً وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه
من الحيوان المذكي واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فنه من رآه
نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارج عنه *
وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الإطلاق للتقييد وذلك أن قوله تعالى « حرمت
عليكم الميتة والدم » يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى « أو دماً مسفوحاً » يقتضي
بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فن رد الإطلاق إلى التقييد اشتراط في التحريم السفع
ومن رأى أن الإطلاق يقتضي حكماً زائداً على التقييد وإن معارضة التقييد لا بد له إطلاقاً عما هو من
باب دليل الخطاب والمطلق عام والمأم أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على التقييد وقال
بحرم قليل الدم وكثيره والمسفوح المشتق في حرمة الدم انما هو من دم الحيوان المذكي أعنى أنه
الذي يسيل عن التذكية من الحيوان الحلال الاكل . وأما كل دم يسيل من الحيوان الحلي
فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وإن ذكي قليله وكثيره حرام ولا
خلاف في هذا * وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله
تعالى والدم . وأما القياس فيمكن أن يتوهم من كون الدم تابياً في تحريم ميتة الحيوان أعنى أن
ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك أن ما لا دم له فليس بميتة قال

القاضي وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة وبذكر الفقهاء حديثاً في هذا مخصصاً لمعوم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث . وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة ، أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الأربع ، والثاني ذوات الحافرات الانسية ، والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله في الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التي تماها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكي أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهي عن أكله قال كالحطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي السباع ذوات الأربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكرهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المتصور عندهم ذكرك مالك في الموطأ ما دليله انها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا ولا تحريمها ذهب الشافعي واشبه وأصحاب مالك وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى التيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السور وقال الشافعي يؤكل الضبع والتملب وانما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والثور والذئب وكلا القولين في المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يؤكل ولا ينفع به وعند الشافعي أيضاً أن الكلب حرام لا ينفع به لانه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه * وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب للآثار وذلك ان ظاهر قوله « قل لا أجد فيها أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه » الآية أن ما عدا المذكور في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم . وأما مالك فإسار وادق هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو ابن في المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قديم يمكن الجمع بينه وبين الآية بان يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا ان يعتقد انه ناسخ للآية عند من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية حرم لحوم السباع ومن اعتمد

ان الضبيع وانثعلب حرمان فاستدل لا يعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية
فصنيراً لما روى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبيع آكلها قال نعم
قلت أصيد هي قال نعم قلت فانت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا
الحديث وان كان انكره عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولم يثبت من اقراره
عليه الصلاة والسلام على اكل الضعب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال
لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل غلب من الطير الا ان هذا الحديث لم
يخرجه الشيخان وانما ذكره أبو داود

﴿وأما انسيثة ثمانية﴾ وهي اختلافهم في ذوات الحافز الانسي أعنى الخيل والبغال والحمير
فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمير الانسية الا ما روى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا
يبيحانها وعن مالك انه كان يكرها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم
البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروي عن مالك. وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة
وجماعة الى انها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب في
اختلافهم في الحمير الانسية معارضة الآية المذكورة للحادث الثابتة في ذلك من حديث
جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمير الالهية واذن في
لحوم الخيل فن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على انكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم
الحمير أو قال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخه وقد احتج من لم يحرّمها بما روى عن أبي
اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال أصبنا حمراً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير
وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفوا القدر بما قال ابن اسحق
فذكرت ذلك لسعيد بن جبيرة فقال انما نهى عنها لانها كانت تأكل الجلة. وأما اختلافهم في
البغال فبسبب معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى «والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة»
وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوها ومنها ومنها تأكلون الآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم
الخطاب فيها ان المباح في البغال انما هو تركوب مع قياس البغل أيضاً على الحمير * وأما
سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس
الفرس على البغل والحمير له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي ان يعارض
بقياس ولا بدليل خطاب.

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في الحيوان المأثور فحمله في الحرم وهي الجنس المخصوص عليها الفرائب والحدائق والقرب والفقار والكب العقور فإن قوماً فهموا من الأحر بالقتل لمصلحة المني عن قتل البهائم المباحة لا كل أن الملة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوماً فهموا من ذلك معنى التمدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجهوا رأيهم بما وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخذه النفوس كالخشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات وملقها من الشافعي حرملها وأباحها الغير ومنهم من كرها قطع * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما يطلق عليه اسم الحيات في قوله تعالى «ويحرم عليهم الحيات» فن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخذه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى أن الحيات هي ما تستخذه النفوس قال هي محرمة. وأما ما حكاها أبو محمد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف وزعم والنحل فأنى فأنى لمست أدرى أين وقت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشروعة عندنا. وأما الحيوان البحري فإن العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر محرم قتل مالك لا بأس بأكل جميع حيوان البحر إلا أنه كره خنزير الماء وقال أنهم سمعونه خنزيراً وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي ومجاهد وجهوا العلماء إلا أن منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما إنسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شيء من الحالات * وسبب اختلافهم هو دلل يتناول لغة وأشراً اسم الخنزير يراد الإنسان خنزير الماء وإنسانه وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام إلى كل حيوان في البحر مشترك بالاسم في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع إلى أمرين ، أحدهما هل هذه الأسماء لقوية ، وإثاني هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فإن إنسان الماء وخنزير الماء يقالان مع خنزير الماء وإنسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الأسماء لقوية ورأى أن الاسم المشترك عموماً لزمه أن يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك في ذلك وقال أنهم سمعونه خنزيراً فأفهد حال الحيوان المحرم إلا كل في الشرع والحيوان المباح لا لكل . وأما النباتات الذي هو غذاء فكله حلال إلا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات لتي تنحصر ومن العسل نفسه أما الخمر فاتهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعني التي هي من عصير لعنب وأما الانبذة فاتهم اختلفوا في تحليل منها الذي لا يسكر وأجمعوا على أن السكر منها حرام قال جمهور رفقاء الحجاز وجهوا الحديثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال المراقبون براهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة

وسائر قضاة الكوفيين وأكثروا علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكر هو السكر
 قسمة لا العيين * وسبب اختلافهم تارض الأثر والاعتقاد في هذا الباب فلهذا جاز بين
 في تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الأولى الأثر الواردة في ذلك ، والطريقة الثانية
 نسمية الانبذة بأجمعها محرراً فنأشهر الأثر الذي تمسك بها أهل الحجاز مارواه مالك عن ابن
 شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن البتع وعن نبيذ السسل فقال كل شراب أسكر فهو حرام أخرجه البخاري وقال يحيى بن
 معين هذا أصح حديث روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ومنها أيضاً
 ما أخرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر محرر وكل محرر حرام
 فهذان حديثان صحيحان . أما الأول فاقى الكل عليه . وأما الثاني فاقده بتصححه مسلم
 ومخرج الزمذى وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نص في موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثاني من أن
 الانبذة كلها تسمى محرراً فلهي في ذلك طريقتان ، إحداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق
 الاشتقاق ، والثاني من جهة السماع . فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل
 اللغة أن الخمر انما سميت محرراً لخمرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لانه على كل
 ما خمر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الأصوليين وهي غير مرضية
 عند المحرسانيين . وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وإن لم يسم لنا ان
 الانبذة تسمى في اللغة محرراً فانها تسمى محرراً شرعاً واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم
 ومباروى أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين
 الشجرتين النخلة والعينة وما روى أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان
 من السنب محرراً وان من المسسل محرراً ومن الزيت محرراً ومن الخنطة محرراً وأنا انها كم عن كل
 مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر
 قوله تعالى « ومن ثمرات النخيل والاعتاب نتخذون منه سكرأورزقاً حسناً » وبما تار
 روهوا في هذا الباب وبالقياس المنسوى . أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو
 كان محرم العين لاسماه الله رزقاً حسناً . وأما الآثار التي اعقدوها في هذا الباب فنأشهرها
 عندهم حديث أبي عون الضبي عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة
 والسلام قال : حرمت الخمر ليمينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل وضعفه

أهل الحجاز لأن بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب
باسناده عن أبي بردة بن ديار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إني كنت نهيتكم عن
الشراب في الأوعية فاشربوا في أبا السك ولا تسكر واخرجها الطحاوي وروى وأعن ابن
مسعود أنه قال شهدت نحرهم النيزد كما شهدت ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيت وروى وأعن
أبي موسى قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً إلى اليمن فقلنا يا رسول الله إن بها
شرايين يصنعان من البر والشعر، أحدهما يقال له المز، والاخر يقال له البع فما نشرب فقال
عليه الصلاة والسلام اشربوا ولا تسكر واخرجها الطحاوي أيضاً إلى غير ذلك من الآثار التي
ذكرناها في هذا الباب. وأما احتجاجهم من جهة النظر فانه قالوا قد نص القرآن أن علة
التحريم في الخمر انما هي الصدع ذكر الله وقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى «إنما
يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة» وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون ذلك التدرج
الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس
يلحق بالنص وهو القياس الذي يبيح الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة
الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة اراقبين من طريق القياس أظهر وإذا كان هذا كما
قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم في تغليب الأمر على القياس أو تغليب القياس على الأمر إذا
تعارضوا هي مسألة تختلف فيها لكن الحق أن الأمر إذا كان نصاً ثابتاً فلو اوجب أن تغلب على
القياس. وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملاً للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتأول
اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ
الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالذوق العقلي كما يدرك
الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوي ولذلك كثرة
الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال نقاضي والذي يظهر
لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل أن يراد به القدر
المسكر لا الجنس المسكر فإن ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر
لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر
وكثيره سد الذريعة وتغليظاً مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع
بالاجماع انه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر

وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام: ما أسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه افعسا كاقته نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تارض النصوص بالقياس وأيضا فان الشرع قد اخبرنا في الحمر مضرة ومنفعة فقال تعالى «قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس» وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الحمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الحمر إلا ان ثبت في ذلك فارق شرعي وانفقوا على أن لا يتبادر حلال ما لم يحدث فيه الشدة المطربة بالحمر لقوله عليه الصلاة والسلام: فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وانه كان يرقه في اليوم الثاني أو الثالث واختلفوا من ذلك في مسثلين ، إحداهما في الاواني التي ينتبذ فيها ، والثانية في انتبذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب

﴿فاما المسئلة الاولى﴾ فانهم أجمعوا على جواز لا يتبادر في الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره لا يتبادر في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري لا يتبادر في الدباء والحتم والنقى والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباد في جميع الظروف والاواني * وسبب اختلافهم اختلاف الآثاري هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباد في الاربع التي كرها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبي عليه الصلاة والسلام: نهى عن الانتباد في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سمك انه قال كنت نهيتكم أن تنبذوا في الدباء والحتم والنقى والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكراً وحديث أبي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطأ وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباد فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباد في هذه الاواني اذا لم يعلم ههنا نهى ، بتقديم غير ذلك قال يجوز لا يتبادر في كل شئ ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباد مطلقا قال بقى النهي عن الانتباد في هذه الاواني فمن اعقد في ذلك حديث ابن عمر قال لا يتبين المذكورين فيه ومن اعقد في ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيداً والمعارضه بينهما وبين حديث ابن عمر انما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباد في الحتم

وفيه انه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت .

(وأما المسئلة الثانية) وهي ابتداء الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شأنها أن تقبل الابتداء وقال قوم بل لا يتبادر كره وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهم حرام وان لم يكونا مقيبلان الا يتبادر في أحسب الان * والسبب في اختلافهم تردد في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهية أو على الخطر وإذا قلنا انه على الخطر فهل يدل على فساد المنهي عنه أم لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن أن يخلط القمري والزبيب والزهو والزبيب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا القمري والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الا قايلاً الثلاثة ، قول بتحريمه ، وقول بتحليله مع الاتم في الابتداء ، وقول بكراهية ذلك . وأما من قال انه مباح فلعله اعقد في ذلك عموم الاثر بالا يتبادر في حديث أبي سعيد الخدري . وأما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في التبيذ . وأما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين وأجمعوا على أن الخمر اذا تداخلت من ذاتها جازاً كلها واختلطوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر واختلافهم في مفهوم الآثر وذلك ان أبادود خرج من حديث أنس بن مالك ان أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورتوا خمرأ فقال : أهرقها قال أفلا أجعلها خلقالا فن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضاً على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وأن الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب أن يكون حلالاً كيف ما انتقل .

(الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطراب) والاصل في هذا الباب قوله تعالى «وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه» والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي أعني اذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به وهو لا خلاف فيه وأما السبب الثاني طلب البرء وهذا يختلف فيه فن أجازه احميم بإباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكمة به ومن منعه فلقوله

عليه الصلاة والسلام ان الله يجعل شفاه أمي فيا حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في النحر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها في التغذية ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منها ري وللشرق أن يزيل شرقه بها . وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والنزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمي وبه قال بعض أصحاب مالك * وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمي فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى «فن اضطر غير باع ولا عاد» وانفق مالك والشافعي على انه لا يحل المضطر أكل الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى «غير باع ولا عاد» وذهب غيره الى جواز ذلك

فهرست

الجزء الاول

—
في كتاب

بداية المجتهد ونهاية المقتصد
في فقه امام ابي عبد الله

—

خطبة الكتاب	٤
كتاب الطهارة من الحدث	٥
كتاب الوضوء	٥
ابواب الاول	٥
ابواب الثاني	٦
المائة الاولى من الشروط	٦
المائة الثانية من الاحكام	٦
المائة الثالثة من الوراثات	٧
المائة الرابعة من تحديد المال	٨
المائة الخامسة من التعدي	٨
المائة السادسة من التعدي	٩
المائة السابعة من الوعد	٩
الثامن من تعيين المال	١٠
التاسع من الوراثات	١١

المقالة العاشرة من الصفات	١١
الحادية عشر من الشروط	١٢
الثانية عشر من الشروط	١٣
الأولى في جواز المسح على النجاسة	١٤
الثانية في تحديد المثل	١٤
الثالثة وأما نزع مود المسح	١٥
الرابعة وأما صفة الخف	١٥
الخامسة وأما التوقيت الخ	١٦
السادسة وأما شروط المسح الخ	١٦
السابعة وأما مناقشة هذه المسئلة الخ	١٧
(الباب الثالث في المياه)	١٨
المقالة الأولى. اختلفوا في الماء إذا خالطه نجاسة الخ	
الثانية. الماء الذي خالطه زعفران الخ	٢٠
الثالثة. الماء المستعمل في الطهارة الخ	
الرابعة. اتفقوا على طهارة المسحوب من يده الخ	
الخامسة. في أسرار الطهور الخ	٢٤
السادسة. صار أبو حنيفة إلى إجازة الوضوء	٢٥
بيّن الفرق في السفر الخ	
(الباب الرابع في مناقشة الوضوء)	٢٦
المقالة الأولى. اختلف علماء الأئمة في استقامته الوضوء	
ما يخرج من الجسد من النفس الخ.	

- ٢٧ المار الثانية . اختلف العلماء في النوم على اربعة مذاهب
- ٢٩ " الثالثة . اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من ليس
النساء باليد الخ
- ٣٠ " الرابعة . في الذكر اختلف العلماء فيه على ثلثة مذاهب
- ٣١ " الخامسة . اختلف الصمد الاول في ايجاب الوضوء
من اكل مائة اثار الخ
- ٣٢ " السادسة . منذ ابرهينة فادجب الوضوء من اختلف
في الصلاة الخ
- ٣٣ " السابعة . منذ قوم فادجيدا الوضوء من صل الميت الخ
(الباب الخامس)
- ٣٤ " المارة الاول . هل الطهارة شرط في الصف ايم لا
- ٣٥ " الثانية . اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب الخ
- ٣٦ " الثالثة . ذهب مذهب والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطهارة
- ٣٧ " الرابعة . ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ ان يقرأ الفراء
ويذكر الله الخ
- ٣٨ (كتاب الفيل)
- ٣٩ " الباب الاول وفيه اربعة مسائل
- ٤٠ " المارة الاول . اختلف العلماء هل من شرط الطهارة امرار اليدين جميعا
- ٤١ " الثانية . اختلف هل من شرط الطهارة التيمم ام لا .
- ٤٢ " الثالثة . اختلفوا في الفضة والاستنشاق في هذه الطهارة
- ٤٣ " الرابعة . اختلفوا هل من شرط الطهارة الغفر والترتيب ام
ليس من شرطه

٤٦ (الباب الثاني في معرفة النواصب (بفتح النون))

البار الأول : اختلف العلماء في سبب إتيان الطهر من الوطء

٤٧ : الثاني : اختلف العلماء في الصفات المعينة ذكره فروع

التي موجبها للطهر :

(الباب الثالث في احكام هديه الحدييه اعني الجنابة والحجبه)

البار الأول : اختلف العلماء في دعوى المسجد للحجبه الخ

٤٨ : الثاني : من الحجبه المصنف : ذهب قوم الى اجازته ، وذهب

المجربون الى منعه .

٤ : الثالث : قرأت الحجبه : اختلف الناس في ذلك .

٤٩ (الباب الأول : اتفق المسلمون على انه الماء الذي يخرج من الارض

كثيرة الخ)

(الباب الثاني : اما معرفة علامات انتقال هت الماء الخ)

٤٩ البار الأول : اختلف العلماء في ابراهيم الحيه الخ

٤٠ : الثاني : ذهب مالك واصحابه في ان يصفه ان يتقطع خيطه الخ

٤١ : الثالث : اختلفوا في اصل النفاس واكثر الخ

٤١ : الرابع : اختلف الفقهاء هل الدم الذي ترسا الخ

هو مبيح او استحاضة الخ .

٤٢ : الخامس : اختلف الفقهاء في الصفات والذرة هل هي

مبيحة ام لا .

٤٢ : السادس : اختلف العلماء في عدول الطهر الخ

٤٢ : السابع : = = = = = السخافة الخ

- ٥٦ المأز الاول . فنه صبا صفت فيكى الى
- ٥٧ الثانية . فقيه المهرور ذهبوا الى انه وجود الاليتفكي
- ٥٨ (الباب السابع) : اتفه المهرور عداه الاتصال ان هو الاليرة
سرد في صفة
- (كتاب الطيرة من النسي)
- ٦٠ الباب الاول في صفة فتح الطيرة
- ٦١ الباب الثاني في انواع النجاسة
- المأز الاول : اختلفوا في صفة الحيوان
- ٦٢ الثانية : وكذا اختلفوا في انواع الميتة كذا اختلفوا في
الاول ما اتفقوا عليه
- ٦٣ الثالثة : اختلفوا في ارتفاع يلود الميتة
- ٦٤ الرابعة : اتفه المهرور على انه دم الحيوان البري نجس
- ٦٥ الخامسة : اتفه المهرور على نجاسة بول ابيه آدم
- ٦٦ السادسة : اختلف الناس في قتل النجاسة
- ٦٧ السابعة : اختلفوا في الميت هل هو نجس ام لا
- ٦٨ (الباب الثالث) في الممال ان لا يزال عن نجاسة
- (الباب الرابع) : في الطير التي لا تبال النجاسة
- ٦٩ (الباب الخامس) : في الصفة التي لا تزال
- ٧٠ (الباب السادس) : في آداب الاستنجاء ودخول المهرور

- ٦٩ (كتاب الصلاة) وفيه مسائل
- ٧٠ المسألة الأولى في وجوبه بعد الكتاب والسنن والإجماع
- التي في بعد الواجب من
- الثاني يجب على المسلم إذا
- الراية وأما الواجب على من أراد أن
- ٧١ الجهد الثاني في الاستعداد
- (باب الأول) وفيه فصول
- (الفصل الأول) في أدوات الوضوء والختارة
- المسألة الأولى في اقتداء المحدث بأهل وقت الظهور
- ٧٢ الثاني في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٣ الثالث في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٤ الرابع في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٥ الخامس في اقتداء المحدث بأهل وقت الصبح
- ٧٦ القسم الثاني في الفصل الأول من باب الأول وفيه مسائل
- المسألة الأولى في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٧ الثاني في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٨ الثالث في اختلاف ما عليه المصنف
- ٧٩ الفصل الثاني من باب الأول في أدوات الوضوء على الصلوة في
- المسألة الأولى في اختلاف ما عليه المصنف
- ٨٠ الثاني في اختلاف ما عليه المصنف

- ٨٥ (الباب الثاني) في صفة الدعاء والأقامة
الفصل الأول وفيه قسمان
القسم الأول في صفة الأقامة
الإنشائي في علم الأقامة
الثاني في وقت الأقامة
الثالث في وقت الأقامة
الرابع في شروط الأقامة
الخامس فيما يقوله السامع للقدوس
٨٦ الفصل الثاني في الأقامة
٨٧ (الباب الثالث في الصلاة)
٨٨ السورة الثانية: صل فربنا المجدد في الصلاة الأصابع أو الأصابع
٨٩ (الباب الرابع) وفيه فصلان
الفصل الأول: انقضاء الصلاة بعد استسراة الدعاء
السورة الثانية: في عهد الدعاء من الرجل
الثالثة: في عهد الدعاء من المرأة
٩٠ الفصل الثاني: فيما يجوز من العبادة في الصلاة
٩١ (الباب الخامس) في الطهارة من النجس
٩٢ (الباب السادس) في المداخيل التي يعلل بها
٩٣ (الباب السابع) في الزوائد المستبركة في الصلاة
٩٤ (الباب الثامن) في النية
٩٥ الحمد الثالثة: من باب الصلاة في صفة ما يقتل عليه
من الأقوال والأفعال

٩٥ (الباب الأول) وفيه فصلان

الفصل الأول وفيه سبع مسائل

- المسألة الأولى : اختلف العلماء في التغيرات .
 الثانية : قال مالك لا يجوز من لفظ التغير إلا ما أكره
 الثالثة : ذهب تمام إلا أنه التوجيه في الصلاة واجب ..
 الرابعة : اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح
 القراءة في الصلاة .

- المسألة الخامسة : اختلف العلماء على أنه لا يجوز الصلاة بغير قراءة .
 السادسة : اختلف الجمهور على منع قراءة القراءة في الركوع والسجود
 السابعة : اختلفوا في وجوب التشهد
 الثامنة : اختلفوا في التسليم في الصلاة
 التاسعة : اختلفوا في الفستحة .

١٠٤ (الفصل الثاني) في الفضل الذي هو أركانه وفيه ثمانية مسائل

- المسألة الأولى : اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة
 الثانية : ذهب أبو حنيفة إلا أنه الإيماء من الركوع
 وفي الركوع غير واجب

الثالثة : اختلف العلماء في هيئة الجلوس .

الرابعة : الجلوس الموسط والمنخفض .

الخامسة : وضع اليد على أحد أركان الأركان .

في الصلاة

السادسة : اختيار قوم أقالما - الرجل في وتره صواب .

أنه لو ينهيه عن يسرى قائما .

١٠٨. السؤال الثاني . أتقنع العلماء على أنه يستجوز بثبوتهم لغير أعضاء .
١٠٩. الثانية . أتقنع العلماء على / أهية الأفاضل في الصلوة
١١٠. (الباب الثامن) وفيه فصل سبعة
- الفصل الأول : وفيه شأن
- السؤال الأول : هل صفة الجاهل منة أو عصبه على اللسان
١١١. الثانية . إذا دخل الرجل المسجد وقد غلب عليه الخبث
- عليه أنه يعلى مع الجماعة أم لا ؟
١١٢. (الفصل الثامن) وفيه شأن أربع
- السؤال الأول : اختلفوا فيه إذا لم بالأمانة
١١٣. الثانية . اختلفوا في إمامة الأصم .
- الثالثة . اختلفوا في إمامة الفاسق
١١٤. الرابعة . اختلفوا في إمامة المرأة
١١٥. (الفصل الثالث) في مقام الأئمة من الأمام وأعلام المؤمنين
- الخامسة . وفيه خمس مسائل
- السؤال الأول : جردوا العلماء على أنه منتهى الواحد المنفرد
- أنه يقوم به جميع الأمام
١١٦. الثانية . اصبح العلماء على أنه نصف الأول من الجاهلية .
- الثالثة . اختلفوا في عصر الأول في الرجل يريد الصلاة
١١٧. فيصير الأمانة هل يصير الحسن إلى المسجد .
- الرابعة . متى يسقط له مقام الصلاة
١١٨. الخامسة . ذهب مالك وكثير من العلماء إلى أنه الداخل
- وداء الأمام إذا خاف فوات الركعة . . .

- ١١٨ (الفصل الرابع) - في معرفة ما يجب على المأموم استيعافه في الصلاة
- ١١٩ (المقالة الثانية) - في صلاة القائم خلف القاعد
- ١٢٠ (الفصل الخامس) - في صفة الأذان
- ١٢١ (الفصل السادس) - اتفقوا على أنه لا يحسن الإمام عند المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ما عدا القراءة
- ١٢٢ (الفصل السابع) - اتفقوا على أنه إذا طرأ عليه حدث في الصلاة قطع الصلاة المأمومة ليست تقبل
- ١٢٣ (باب الثالث) - من الجملة الثالثة وفي أربعة فصول
- (الفصل الأول) - في وجوب الجماعة إلى
- ١٢٤ (الفصل الثاني) - في شروط الجماعة
- ١٢٥ (الفصل الثالث) - في إيجاب الجماعة
- المقالة الأولى - في الخطبة - هل هي شرط في صحة الصلاة وركن
- ١٢٦ الثانية - واختلفت الثانية هلها بدعيية في القدر المخصوص
- ١٢٧ الثالثة - واختلفوا في الأوقات يوم الجمعة والوقت يطلب
- ١٢٨ الرابعة - اختلفوا فيما جاء يعلم الجماعة وهو الإمام على المستبر
- ١٢٩ (الفصل الرابع) - في إيجاب الجماعة وفي أربع مسائل
- المقالة الأولى - اختلفوا في نظر الجماعة
- ١٣٠ (باب الرابع) - في صلاة السفر وفي فصول
- (الفصل الأول) - في الصلاة

- ١٢٤ (الفصل الثاني) . في الجمع وفيه ثلثون مسأله
المسألة الأولى . في جوازها .
- ١٢٥ . الثانية . في صفة الجمع
الثالثة . في سياقه الجمع
١٢٦ (الباب الثاني) . في صلاة الوقت
١٢٧ (الباب الثالث) . في الجملة الثالثة في صلاة المبركة
الجملة الرابعة . وفي ثلث ثلثه أبواب
(الباب الأول) . في الأسباب التي تقتضي الإعادة وفيه مسأله
المسألة الأولى . اتفقوا على أنه إن لم يقطع الصلاة . .
- ١٢٨ . الثانية . اختلفوا على أنه إن لم يقطع الصلاة مردد شرعيه
بين العمل إذا علم أنه سبغ
الثالثة . اختلفوا في التقطع في الصلاة على ثلثه أقوال
الرابعة . اتفقوا على أنه إن لم يقطع الصلاة اختلفوا في التمسك
الخامسة . اختلفوا في صلاة الجمعة
- ١٢٩ . السادسة . اختلفوا في رد سلام المصل على من سلم
(الباب الثاني) . في القضاء
- ١٣٠ المسألة الأولى . وفي ثلث ثلثه أقوال
الثانية . إذا سبغ مع اتباع الإسلام في الركن
و هو الثاني المأمور به فانه من الصلاة مع الإسلام .
- الثالثة . متى يلزم المأمور حكمه صلاة الإسلام في اتباع

- ١٤٩ المار الأول . ثم يكون صدرا لصلاة الجمعة
- ١٥٠ (الباب الثالث) . من الجمعة الرابعة في سجود السهو وفي القول
- ١٥١ (الفصل الأول) . اختلفوا في سجود السهو عن صدقته أو عنه
- (الفصل الثاني) . اختلفوا في مواطن سجود السهو
- ١٥٢ (الفصل الثالث) . وإذا أتوا قول واقرأ قل الله أكبر
- ١٥٣ (الفصل الرابع) . في سجود السهو
- (الفصل الخامس) . اختلفوا على أن سجود السهو من سنة المفرد ولا
- ١٥٦ (الفصل السادس) . اختلفوا على أنه السنة للمسبوق في صلاة السجدة
- ١٥٨ (كتاب الصلاة الثاني)
- (الباب الأول) . القول في الوتر
- ١٦٥ (الباب الثاني) . في ركعتي الفجر
- ١٦٤ (الباب الثالث) . في النوازل
- ١٦٥ (الباب الرابع) . في ركعتي دفعة السجدة
- ١٦٦ (الباب الخامس) . اجتمعوا على أنه في كل شهر رمضان ركعتان
- (الباب السادس) . في صلاة الكسوف وفيه خمس مسائل
- السنة الأولى . ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمد
- صلاة الكسوف ركعتان .
- ١٦٧ الثانية . اختلفوا في القراءة في
- ١٦٨ الثالثة . اختلفوا في الوقت الذي صلى فيه .
- الرابعة . اختلفوا أيضا هل منه شركاء في صلاة
- الخامسة . اختلفوا في كون القمر

١٧٠	(الباب السابع)	في صلاة الاستسقاء
١٧١	(الباب الثامن)	في صلاة العيدية
١٧٦	(الباب التاسع)	في سجود القراءة
١٧٩	(كتاب اصطلاح الميت)	
	(الباب الاول)	يكتب امريلقته الميت
	(الباب الثاني)	في غسل الميت وفي فصول اربعة
	(الفصل الاول)	في حكم الغسل
١٨٠	(الفصل الثاني)	في ثوباء التيميم يجب غسل
١٨٠	(الفصل الثالث)	فيه يجوز ان يغسل الميت
١٨٢	(الفصل الرابع)	في صفة الغسل وفي مسائل
	المادة الاولى	هو يتيمع مع الميت قبضه
	و الثانية	قال ابو حنيفة لا يرضأ الميت
١٨٢	و الثالثة	اختلفوا في التيميم في الغسل
١٨٤	(الباب العاشر)	في الألفاظ
١٨٥	(الباب الحادي عشر)	في صفة المسح مع الجنازة
١٨٦	(الباب الثاني عشر)	في صلاة الجنازة وفيه فصلان
	(الفصل الاول)	في صفة صلاة الجنازة وفيه مسائل
	المادة الاولى	اختلفوا في عدد التكبير في الصلاة الاولى
١٨٧	و الثانية	اختلفوا في ان يس في القراءة في صلاة الجنازة
١٨٨	و الثالثة	اختلفوا في التسليم في الجنازة
	و الرابعة	اختلفوا في رفع اليدين في الجنازة

- الركعة الخامسة . اختلفوا في ترتيب جهات الرجال والنساء ١٨٨
- سادسة . اختلفوا في الذي ينفوته بهمة الكبير على الجائزة ١٨٩
- سابعة . اختلفوا في الصلاة على القبر ١٩٠
- (الفصل الثامن) . قيد رجل على رصده اولا بالتقديم (الفصل التاسع) . في وقت الصلاة على الجائزة ١٩٢
- (الفصل العاشر) . في مد اضع الصلاة ١٩٤
- (الفصل الحادي عشر) . في شروط الصلاة على الجائزة (الباب السادس) . في النهي ١٩٥
- (كتاب الصيام) . وفيه كتابه اعمها في الصوم والواجب والآثر في الترتيب .
- الركعة الاولى . وفي قسامة ٢٠١
- الركعة الثانية . وهو يوم سائر ٢٠٢
- الركعة الثالثة . النية ٢٠٣
- القسم الثاني . مع الصوم المفروضة وله مسائل ٢٠٥
- المادة الاولى . في صيام الرعية والمسافر ٢٠٦
- الثانية . هل الصوم افضل ام الفطر ٢٠٧
- الثالثة . هل الفطر الجائز للمسافر هو ذنوبه محدود ام غير محدود .
- الرابعة . متى فطر المسافر ومتى يمسك ٢٠٨
- الخامسة . هل يجوز للصائم ذنوبه انه ينسئ سفره ثم لا يصوم فيه .

- ٢٠٨ المسألة الأولى . بعضهم ادعى انه يكره التقاء متابعا على حرفين
- ٢١٢ ، الثانية . اذا جازع ناسيا لصوت
- ٢١٢ ، الثالثة . اختلفوا في وجوب اللقطة على المرأة اذا طارفت
- ، الرابعة . هل هي اللقطة مربية او على التخيير
- ٢١٤ ، الخامسة . اختلفوا في مقدار الطعام
- ، السادسة . في ثمر اللقطة بشرط الأظفار
- ، السابعة . هل يجب عليه الطعام اذا ايسر ذلك مبرا
- ذوقه الوجوب
- ٢١٦ (كتاب الطعام الثاني) وهو المنزلة اليه
- ٢٢٠ كتاب الاضطغان
- ٢٢٥ كتاب الزكاة وفيه خمسة فصول
- المجلد الأول . في معرفة ما يجب عليه وفيه مسائل
- ٢٢٧ المسألة الأولى . في زكاة الثمار الحية والموصول
- ، الثانية . في الارصه المستأجرة على ما تجب زكاة ما يخرج منه
- ، الثالثة . اذا ما عت بعد وجوب الزكاة عليه .
- ٢٢٠ الحية الثانية . في معرفة ما يجب فيه من الأموال
- ، الثالثة . في معرفة كم يجب رسمه كم يجب وفيه فصول
- ٢٢٤ (الفضل الأول) . في مقدار الزكاة فيه الزكاة من الفضة
- المسألة الأولى . اختلفوا في نصاب الذهب
- ، الثانية . فيما زاد على النصاب وفيه
- ، الثالثة . يضم الذهب الى الفضة في الزكاة

- ٢٦٦ المسألة الرابعة . عند ما علم رابع حنفية انه السريعية ليس يجب
على احد من الزكاة حتى يلو طل واحد من رضاء
- ٢٦٧ . الخامسة . اختلفوا في اعتبار الرضاء في المدة وتقدر الواجب فيه .
(الفصل الثاني) . في رضاء الأول والواجب فيه . وفي مسائل
- المسألة الاولى . اختلفوا فيما زاد على الالف وعشرين
- ٢٦٩ . الثانية . اذا عدم السه الواجب
- الثلثة . هل يجب في صغار الأول
- (الفصل الثالث) . في رضاء البقر وتقدر الواجب فيه
- ٢٧٠ (الفصل الرابع) . في رضاء النظم وتقدر الواجب منه ذلك
- ٢٧١ (الفصل الخامس) . في رضاء الجيوب والثمار والقدر الواجب في ذلك
- ٢٧٢ المسألة الاولى . اجمعت على انه نصف الواحد من الجيوب والثر
بجميع حيث وردت في وقت الزكاة عنه جميع .
- ٢٧٤ . الثانية . في تقدير الرضاء بالحصى
- ٢٧٥ . الثالثة . قل ما علم رابع حنفية يجب على الرجل ما اطلع من ثمر
وزرعه قبل الحصاد في الرضاء .
- (الفصل السادس) . في رضاء المعروضة
- ٢٧٦ البهائم الرابعة . في وقت الزكاة . وفي مسائل
- ٢٧٧ المسألة الاولى . هل يشترط الحول في المدة
- التي . في اعتبار عدد ربح المال
- الثلثة . عدد الفوائد الواردة على مال يجب فيه الزكاة

٤٨ . الفصل الرابع . في اعتبار عدل السيد .

٤٩ . الخامسة . في اعتبار عدل العروسة .

سادسة . في عدل فائض الماشية .

٥٠ . سابعة . في عدل نسل النعم .

ثامنة . في جواز افرام الزكاة قبل الحول .

الجملة الخامسة . فيمن يجب له الصدقة . وفيه ثلثة فصول

(الفصل الاول) . في عدد الايمان الذي يجب له وفيه مسائل

المائة الاولى . هل يجوز له ان يقر بجميع الصدقة الى مقداره

٥١ . الثانية . هل الوثيقة قلوبهم منهم بانه في اليوم ام لا

(الفصل الثاني) . في صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة

٥٢ . (الفصل الثالث) . في مقدار ما يعطى من ذلك .

٥٣ . (كتاب زكاة الفطر) . وفيه فصول

الفصل الاول . في معرفة جهل

الثاني . في معرفة من يجب عليه

٥٤ . الثالث . كم يجب عليه وماذا يجب عليه

٥٥ . الرابع . متى يجب عليه

الخامس . من يجوز له

٥٦ . (كتاب الحج) . وفيه ثلثة اجناس

الجنس الاول . يشتمل على شيئين . معرفة الوجوب وشروطه وعلى

من يجب . ومن يجب .

القول في الجنس الثاني . وهو تعريف افعال هذه الفاعلة .	٢٦١
القول في شروط الاقسام	٢٦٢
القول في صفات التزامه	
القول في الزود	٢٦٣
القول في انواع هذا الجنس	٢٦٨
القول في شرح انواع هذه الفاعلة	
القول في المتع	
القول في القارة	٢٧١
القول في شروط	٢٧١
القول في العوان باليت	٢٧٤
القول في الصف	
القول في شروط	٢٧٦
القول في اعداد واطلاق	٢٧٧
القول في الصفات المرددة	٢٧٨
القول في صفته	
القول في ترتيب الخرج المعرف	٢٧٩
القول في بدو	٢٨٠
القول في شروط	٢٨١
القول في افعال المزدلفة	٢٨٢
القول في الجار	٢٨٣

(٤١)

- ٢٤٠ المالك الاول . قدم قالوا يقدونه من الشجر الرابع ليبي الال
 و الثاني . في مقدار ما تعلم انه ينقل منه زينة
 و الثالث . هل يجوز الوعد بالتفيل قبل الحرب ام لا .
 و الرابع . هل يجب سلب المقتول للقاتل او ليس يجب . ٢٤١
 (الفصل الرابع) . في احوال المسلمين ان تسرد من ايدي الكفار ٢٤٢
 و الخامس . اختلفوا فيما اتت المسحورة من الارض من غنم ٢٤٣
 و السادس . في قسمة الفري ٢٤٤
 و السابع . في الجزية وفي قسمة خصال ٢٤٥
 المالك الاول . فيه يجوز ائمة الجزية منه .
 و الثاني . عدل من الاوصاف منظم فيه الجزية .
 و الثالث . كم الواجب .
 و الرابع . كم اعطى الجزية . ٢٤٨
 و الخامس . فيما ذاقته الجزية . ٢٤٩
 (كتاب الايمان) . وفي جهل .
 المجلد الاول . في فريته فريضة الايمان . وفيه ثلثة فصول
 الفصل الاول . في معرفة الايمان والطاعة ٢٥٠
 وخبرها من عند الباطن

- وتميزها من غير المباحة .
- ٣٣٠ (الفصل الثاني) في معرفة الايمان للغةوية والمنقذة
- ٣٣١ (الفصل الثالث) في معرفة الايمان التي ترسخها الكفولة والتي لا ترسخها وفيه
- أربع مسائل
- المسئلة الاولى في الاختلاف في الايمان بالله المنقذة
- ٣٣٢ » الثانية اختلف العلماء فممن قال أنا كافر
- » الثالثة ائحق الجمهور في الايمان التي ليست أقساما بنى
- ٣٣٣ » الرابعة اختلفوا في قول القائل أقسم لأشهد
- الجملة الثانية وفيها قسمان
- (القسم الاول) وفيه فصلان
- (الفصل الاول) في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين وفيه مسائل
- ٣٣٤ المسئلة الاولى في اشتراط انصافها القسم
- » الثانية هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بمبدأ قضاء اليمين
- ٣٣٥ (الفصل الثاني) من القسم الاول
- ٣٣٦ (القسم الثاني) من الجملة الثانية وفيه فصول
- (الفصل الاول) في موجب الحث وشروطه وأحكامه وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في مالك يرى السامع والمكروه بمنزلة العامد
- » الثانية مثل أن يحلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه
- » الثالثة مثل أن يحلف على شيء فيمنعه منه القصد الى معنى نعم من ذلك الشيء
- ٣٣٧ » الرابعة اتفقوا على أن اليمين على نية الحث تحلف في السطوى
- ٣٣٨ (الفصل الثاني) في اتقوا على أن الكفولة في الايمان هي الاربع لا تولى التي ذكر
- الله في كتابه في قوله تعالى « فكفارتم بها لا توفونهم مسائل
- المسئلة الاولى في مقدار الاطعام
- ٣٣٩ » الثالثة في الجزى من الكسوة
- » الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط تابع الايام الثلاثة في الصيام

- » الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين
» الخامسة وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين
٣٤٠ المسئلة السادسة هل من شرط الرقة أن تكون سلعة من العيوب
» السابعة وهي اشتراط الايمان في الرقة
(الفصل الثالث) متى ترفع الكفارة الحنث ونحوه
٣٤١ ﴿ كتاب النذور ﴾ وفيه ثلاثة فصول
(الفصل الاول) في أصناف النذور
٣٤٢ (الفصل الثاني) فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة أحكامها وفيه مسئلتان
٣٤٣ المسئلة الاولى اختلفوا فمن نذر معصية
» الثانية اختلفوا فمن حرّم على نفسه شيئا من المباحات
٣٤٤ (الفصل الثالث) في معرفة الشيء الذي يلزم عنها أحكامها وفيه مسائل
المسئلة الاولى اختلفوا في الواجب في النذر المطلق
» الثانية اختلفوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله
٣٤٥ » الثالثة اختلفوا بعد اتحاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فمن نذر أن يمشي الى
مسجد النبي صلى الله عليه وسلم
٣٤٦ » الرابعة اختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحربه في مقام ابراهيم
» الخامسة اختلفوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من
سبل البر أنه يلزمه الحج
٣٤٧ ﴿ كتاب الضحايا ﴾ وفيه أربعة أبواب
(الباب الاول) في حكم الضحايا ومن مخاطبها
٣٤٨ (الباب الثاني) في أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها وفيه مسائل
المسئلة الاولى أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام
٣٤٩ » الثانية في تمييز الصفات
٣٥١ » الثالثة في معرفة السن
» الرابعة في العدد

- ٣٥٣ (الباب الثالث) يتعلق بالذبح المختص بالضحايا
المسئلة الاولى في اجدائه
» الثانية في انتهائه
- ٣٥٤ الثالثة اختلافهم في الليالى التى تتخلل أيام النحر
- ٣٥٥ (الباب الرابع) في أحكام لحوم الضحايا
- ٣٥٦ ﴿ كتاب الذبايح ﴾ وفيه خمسة أبواب
- (الباب الاول) في معرفة محل الذبح وانحر وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في المنخقة والموقودة والمتردة والنطيحة وما كل السبع
- ٣٥٨ » الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الا كل
- » الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة
- ٣٥٩ » الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا
- » الخامسة هل للجراد ذكاة أم لا
- ٣٦٠ » السادسة هل للحيوان الذى يأوى في البرتارة وفي البحر نارة ذكاة أم لا
- (الباب الثانى) في الذكاة وفيه مسئلتان
- المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام
- » الثانية في صفة الذكاة وفيها مسائل
- ٣٦١ » الاولى المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم
- » الثانية يشترط قطع الحلقوم أو المرىء
- » الثالثة في موضع التقطع
- » الرابعة وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق لا يجوز
- ٣٦٢ » الخامسة في عمادى الذابح بالذبح حتى يقطع التخاخ
- » السادسة هل من شرط الذكاة أن تكون في فور واحد
- (الباب الثالث) فيما تكون به الذكاة
- ٣٦٣ (الباب الرابع) في شروط الذكاة وفيه ثلاث مسائل
- المسئلة الاولى في اشتراط التسمية

- ٣٦٤ » الثانية في اشتراط البسملة
 » الثالثة في اشتراط النية
 ٣٦٥ (الباب الخامس) فعين تجوز تذكيته ومن لا تجوز وفيه مسائل
 المسئلة الاولى في ذبائح أهل الكتاب
 ٣٦٥ المسئلة الثانية في ذبائح نصارى بنى قنطب والمرتدين
 ٣٦٦ » الثالثة اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا على الذبيحة
 ٣٦٨ ﴿ كتاب الصيد ﴾ وفيه اربعة ابواب
 (الباب الاول) في حكم الصيد وفي عمل الصيد
 (الباب الثاني) في اياه يكون الصيد
 ٣٧٢ (الباب الثالث) في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها
 ٣٧٥ (الباب الرابع) فعين يجوز صيده
 ﴿ كتاب المقيقة ﴾
 ٣٧٧ ﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾ وفيه جملتان
 الجملة الاولى تذكر فيها الحرمات في حال الاختيار وفيها مسائل
 ٣٨٠ المسئلة الاولى في السباع ذوات الاربع
 ٣٨١ » الثانية اختلفوا في ذوات الحافر الانسي
 ٣٨٢ » الثالثة اختلفوا في الحيوان المأمور بقتله في الحرم
 ٣٨٥ مسئلة في جواز الاتباز في الاسقية
 ٣٧٦ مسئلة في ابتداء الخليطين
 الجملة الثانية في استعمال الحرمات في حال الاضطرار

الجزء الثاني

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي
الشهير (ابن رشد الحفيد) المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

—♦♦♦—

طبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هجرية
(على نفقة محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه)

—♦—

طبعت على النسخة المولوية بعد ان غُضِّلَ قراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
المحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك نيور

طبع بمطبعة إيكاليس - بمصر

(الكاتبة بحارة الروم بمطبعة التتري)
(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه - وأحمد عارف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وصلی الله علی سیدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ کتاب النکاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة ابواب ، الباب الاول في مقدمات النکاح ، الباب الثاني في موجبات صحة النکاح ، الباب الثالث في موجبات الخیار في النکاح ، الباب الرابع في حقوق الزوجية ، الباب الخامس في الانکحة المنہی عنها والفاسدة

(الباب الاول)

وفي هذا الباب اربع مسائل في حک النکاح وفي حک خطبة النکاح وفي الخطبة علی الخطبة وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج . فاما حک النکاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف علی نفسه من العنت * وسبب اختلافهم من تحمل صیغة الامر به في قوله تعالى (فانکحوا ما طاب لکم من النساء) وفي قوله علیه الصلاة والسلام : ننا کحوا فانی مکثر بکم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك علی الوجوب أم علی التدبیر أم علی الاباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات إلى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي یسمى المرسل وهو الذي ليس له أصل معين یستند اليه وقد أنکره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالک القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الجمهور أنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة * وسبب الخلاف هل يحمل قوله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فأما الخطبة على الخطبة فإن النعمي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلقوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أو لا يدل وإن كان يدل فعلى أي حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم إن ما منع النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث قاطمة بنت قيس حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال . أما أبوجهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن إنكحى أسامة . وأما انظر إلى المرأة عند الخطبة فجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الإطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بمنع مطلقاً وورد متبداً أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى «ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها» أنه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحریم النظر إلى النساء

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان ، الركن الأول في معرفة كيفية هذا العقد ، الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد ، الثالث في معرفة شروط هذا العقد (الركن الأول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقدة ومن المتبرر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك القور . (الموضع الأول) الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والتميم من النساء بالاعطاء وهو في حق الإبكار المستأنات واقع بالسكوت أعني الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكى عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب

ولاجد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام:
 الايم أحق بنفسهما من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صامتة وانفقوا على انعقاد
 النكاح بلفظ: انكاح بمن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ: التزويج . واختلقوا في انعقاد، بلفظ
 الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي
 لا ينعقد الا بلفظ: انكاح أو التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ
 الخاص به أم ليس من محته اعتبار اللفظ فن الحق بالعقد التي يعتبر فيها الامر ان قال لا نكاح
 منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا لما ليس من شرطه
 اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق اذافهم المعنى الشرعي من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين
 المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين،
 أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أي أفعى الزوج والزوجة إمام الولي وإما دونه على
 مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالك أكثر نفسها، واتاني يعتبر فيه رضا الاولياء
 فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومساائل اختلفوا فيها ونحن نذكر
 منها قواعد وأصولها فنقول . أما رجال البالغون الاحرار المالكون لا مراعاتهم فانهم
 اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح .

واختلفوا هل يجبر المبدع على النكاح سيده والوصي مجبوره البالغ أم ليس بجبره فقال مالك
 يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره * والسبب في اختلافهم
 هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي مجبوره
 والخلاف في ذلك موجود في المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح
 المنظورة أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا
 يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب
 البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام: «واثيب نمرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري
 واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك
 والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة وأبو ثوري
 والا واعي وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها وافقهم مالك في البكر المعنفة على أحد
 القولين عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله: لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه دليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور: والبكر تستأمر بوجوب بمومسه استئثار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام: والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف. وأما الثيب الغير البالغ فإن ما لـالكوا باحنية قال لا يحيرها الأب على النكاح وقال الشافعي لا يحيرها وقال المتأخر وإن في المذهب فيها ثلاثة أقوال، قول أن الأب يحيرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب، وقول أنه يحيرها وإن بلغت وهو قول سحنون، وقول أنه لا يحيرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي نعيم والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن أقصا وغيره عنه. وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا بإذنها فمفهومه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما جمع عليه الجمهور من استئثار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله: لا تنكح إلا بمحض تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بموممه على ما قاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الإجماع وذلك أنهم لما اجمعا على أن الأب يحير البكر غير البالغ وأنه لا يحير الثيب البالغ إلا خلافا شاذاً فإيهما جيماً كما قلنا اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر فن قال الصغر قال لا يحير البكر البالغ ومن قال البكارة قال يحير البكر البالغ ولا يحير الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما بوجوب الإجبار إذا انفرد قال يحير البكر البالغ والثيب الغير البالغ، والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة، والثاني لتعليل الشافعي، والثالث لتعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في اثبوتة التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها اثبوتة التي تكون بنكاح محجج أو شبهة نكاح أو ملك وأنها لا تكون زنا ولا بغصب وقال الشافعي كل نيوبة ترفع الإجبار. وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها بالثبوتة الشرعية أم بالثبوتة القولية وانتقوا على أن الأب يحير ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنه الصغيرة البكر ولا تستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بالنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه الأمازوى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، أحدهما : هل زوج الصغيرة غير الأب ، والثانية هل زوج الصغير غير الأب . فاما هل زوج الصغير غير الأب أم لا فقال الشافعي زوجها الحدب والاب والاب فقط وقال مالك لا زوجها الا الاب فقط أو من جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الأن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة زوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقرىب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام : والبركر تستأمر واذنها صاتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الاب التى خصصها الاجماع الا لخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم بوجوب أن يلحقوا بالاب فى هذا المعنى ففهم من الحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الحد فقط لانه فى معنى الاب اذ كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رأى ان مالاب فى ذلك غير موجود لغيره إمامن قبل الشرع أن خصه بذلك وامامن قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الآن أن يكون هناك ضرورة وقد احتجت الخنفة بمجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفرق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتعة والمستأمرة هى من أهل الاذن وهى البالغة فيكون لا اختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يحجز نكاح غير الاب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتعة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار بانفاق فوجب المنع ولا ولك أن تقولوا ان هذا حكم اليتعة التى هى من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فسكوت عنها . واما هل زوج الولى غير الاب الصغير فان مالكا أجازة للوصى وأب حنيفة أجازة للاولياء الا ان أب حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك على الاب فن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن زوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير لاب لم يحجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان الرجل ملك الطلاق اذا بلغ ولا تملك المرأة لذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا .

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو نؤير يجوز * والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو تقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو تقول إن أصل منع الخيار في البيوع هو التمر والأنكحة لا غير فيها لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما رخص القبول من أحد الطرفين عن العقد فإجازة مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها فيلزمها النكاح فتعجزه ومن منعه مطلقاً الشافعي ومن أجاز مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والفرقة بين الأمر الطويل والتقصير لما لك . وسبب الخلاف هل من شرط الإنعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

* (الركن الثاني في شروط العقد) *

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الأول في الأولياء ، الثاني في الشهود ، الثالث في الصدقات

* (الفصل الأول) *

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة ، الأول في اشتراط الولاية في صحة النكاح ، الموضوع الثاني في صفة الولي ، الثالث في أصناف الأولياء وتزويجهم في الولاية وما يتعلق بذلك ، الرابع في عضل الأولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

﴿ الموضوع الأول ﴾ : اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح الأبوي وإنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشمسي والزهرى إذا عقدت المرأة نكاحاً بغير ولي وكان كفؤاً أجاز وفرق داود بين البكر والتيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في التيب ويخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع إن اشتراطها سنة لا فرض وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريعة أن تسخف رجلاً من الناس على أنكاحها وكان يستحب أن تقدم التيب وليها ليعقد عليها فكانه عندهم من شروط النكاح لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني أنهم يقولون إنهم من شروط الصحة لا من شروط النكاح . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنة التي جرت العادة بالاحتجاج بها عندهم يشترطها هي كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنة التي يحجج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محققة في ذلك .
والاحاديث مع كونها محققة في الفاظها مختلف في محتها الاحاديث ابن عباس وان كان المسقط
له ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به القرطبيان ونبين
وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحجج به من الكتاب من اشترط الولاية بقوله تعالى (فاذا
بلغن أجلهن فلا تمضوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق
في الولاية لما نهوا عن المضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب
للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن
عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
ثلاث مرات وان دخل بها فلم لها بأأصاب منها فان اشتجرها فالسلطان ولي من لا ولي
له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . واما ما احتج به من لم يشترط الولاية بقرن الكتاب
والسنة بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمرء) قالوا وهذا دليل على جواز
تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف البكر في غيرها آية من الكتاب الفصل فقال (أن
ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس
المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في
نفسها واذن صاحبها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى
فهذا مشهور ما احتج به القرطبيان من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تمضوهن »
فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعهما النكاح وليس نهيهن عن المضل
مما يفهم منه اشتراط إنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب
الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من
يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطاباً لولي الامر
من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للاولياء بالجملة فهو متردد بين أن
يكون خطاباً للاولياء أولاً ولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر في خطاب
الاولياء منه في أولى الامر فان قيل ان هذا عام والعلم يشمل ذوى الامر والاولياء قيل ان
هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي
مأموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب
للاولياء بوجوب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجازاً لا يصبح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم واليان لا يجوز تأخيرهم عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتر أقربياء من التواتر لأن هذا ما اتفق به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أكنحهم ولا ينصب لذلك من يعقد هاواً أيضاً فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ولا يظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس بحج العمل به وأيضاً فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط اذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل أظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها . وأما ما احتج به القريبي الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من ممر وف) فإن المقبول منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحجج بعضهم بظاهر الآية على رأيهم ولا يحجج بعضهم بضعف وأما إضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لمعمرى ظاهر في الفرق بين التيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فماذا ليت شعري تكون الإيم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو أن يكون موافقاً لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضاً له ومحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رده وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لا ينهها أن تنكحها إياه . وأما احتجاج القريبيين من جهة المعاني فمحتمل وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد

في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال وبشبه أن يقال إن المرأة ماثلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال فاحتاط الشرع بان جعلها معجورة في هذا المعنى على التأييد مع أن ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة ينطرق إلى أوليائها لكن يكفي في ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محفلة كما ترى لكن الذي يطلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراعاتهم فإن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فإذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم نواتراً أو قريباً من انتواترهم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين، إما أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وإنما للولياء الحسبة في ذلك وأما أن كان شرطاً فليس من محبتها غير صفات الولي وأصنافهم ومراعاتهم ولذلك يضاف قول من يبطل عقد الولي لا يعدم وجود الأقرب .

(الموضع الثاني) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اختلفوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها أضداد هذه أعنى الكفر والصغر والاثوثة . واختلفوا في ثلاثة في المبدؤ والفاسق والسفيه . فاما المبدؤ فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشيد فالمشهور في المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي وقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال من رأى أنه قد يوجد الرشيد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه أن يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك بمنع الوجود قال لا بد من الرشيد في المال ومما قسمان كما ترى أعنى أن الرشيد في المال غير الرشيد في اختيار الكفاءة لها . وأما المدالة فاما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم المدالة أن لا يختارها الكفاءة وقد يمكن أن يقال إن الحلقات التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكف غير حالة المدالة وهي خوف حقوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك المدالة الأخرى مكتسبة ونقص المبدؤ دخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند الثقلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عندما لك صفة تقتضي الولاية على الدينثة واختلفوا في الوصي فقال

مالك يكون الوصي ولياً ومنع ذلك الشافعي * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها إلا أبو رولا فرق بين الوكالة والا بصاء لان الوصي وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا ابن فن كان أقرب عصبية كان أحق بالولاية والا بناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة إن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل والوصي عنده أولى من ولي النسب أعني وصي الاب واختلف أصحابه فممن أولى وصي الاب أو ولي النسب فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولي أولى وخالف الشافعي مالك في ولاية النوبة فلم يحزها أصلاً وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية لابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضاً الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعني أن الولد ليس من عصبته الحديث عمر لا تنكح المرأة إلا باذن ولها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن الحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم: أمر ابنها ان ينكحها اياه ولا them اتفقوا أعني مالك والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبية * وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فممن هو أقرب هل الجد والاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الام بدمع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنقل الولاية الى الام بعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنقل الولاية أولاً تنقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الام بعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يحجز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فبعدا الاب في ابنته البكر والوصي في محجورته فانه لا يختلف قولهم ان النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصي المحجور مع حضور الوصي . وقال الشافعي لا يمتد أحتمل حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابت بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم يرتب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الاب بعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للولى قال النكاح منقذ فان أجاز له الولى جاز وان لم يجزه افسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منقذ وقد أنكر قوم هذا المعنى فى المذهب أعنى ان يكون النكاح منفسخاً غير منقذ.

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الاب بعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم فى انتقالها فى الموت.

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى غيبة الاب عن ابنته البكر فان فى المذهب فيها تفصيلا واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قرب به والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم الثقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للامرين جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسير أو كانت فى صون ونحت ثقة انها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتروج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلافها هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فليس تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الله بن وهب. وأما ان عدمت الثقة أو كانت فى غير صون فانها تزوج أيضاً فى هذه الاحوال الثلاثة أعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامر ان ذاك كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيها أحسب انها لا تزوج فى الغيبة القريبة المألومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصالحى الذى انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه يجوز ولاية الاب بعد مع حضور الاقرب فن جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا قد أمعا ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم أولاً يعلم. فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحدهما * واختلقوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثانى وهو قول مالك وابن القاسم والاول قال الشافعى وابن عبد الحكم. وأما ان أنكحها ماعلاً فلا خلاف فى فسخ النكاح فيها أعرف * وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أولاً اعتبارهما معارضة العموم للقياس وذلك انه قدر وى

أنه عليه الصلاة والسلام قال: إيمان امرأة أنكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للاول دخل بها الثاني أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكر وهو ضعيف. وأما أن لم يعلم الاول فإن الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شريح تحجير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز.

﴿الموضع الرابع في عضل الاولياء﴾ واقفوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانما ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من انكاح من لهن من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كلاب في ابنته البكر أما غير البالغ بائناً والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر. فأما الكفاءة فاتهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الاماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفريق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي البسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يحوز نكاح الموالى من العرب وأنه أحجج لذلك بقوله تعالى «ان أكرمكم عند الله اتقاكم» وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشي ولا عربية الا من عربي * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: تنكح المرأة لدينها وجمالها وما لها وحسبها فانظر بذات الدين تربت يمينك ففهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منهما من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما لم يختلف المذهب أيضاً أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعني اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها قال مال عنده من الكفاءة ولم يرد ذلك أبو حنيفة. وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من

الكفاءة لكون السنة الثابتة بخير الامة اذا عقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي
يرى ان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صدق المثل أعنى البكر وأن
التيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة *
وسبب اختلافهم أما في الاب فلا خلافهم هل له ان يضع من صدق ابنته البكر شيئاً أم لا .
وأما في التيب فلا خلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع
في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا ترتفع عنها في
التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق عن بشرط
الولاية ممن لم يشترطها لكن أنى الامر بالعكس ويعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي
هل يجوز للولي ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم
والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا
ما روى من انه عليه الصلاة والسلام . تزوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً ومثبت انه
عليه الصلاة والسلام . أعق صنية فحمل صداقها عتقها والاصل عند الشافعي في أنكحة
النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة
خصوصيته في هذا الممنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثاني في الشهادة ﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هي شرط
تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر
واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتان دل هوسراً وليس بسر فقال مالك هوسر
ويفسخ وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر * وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم
شرعى أم إنما المقصود منها سد زريعة الاختلاف أو لانكاره فن قال حكم شرعى قال هي
شرط من شروط الصحة ومن قال بوثق قال من شروط التمام والاصل في هذا ما روى عن
ابن عباس : لان نكاح الابشاهدى عدل وولى مرشد ولا يخالف لمن الصحابة وكثير من
الناس رأى هذا دخلاً في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قدرى مرقوعاً ذكره
الدارقطنى وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان
المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى

الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها المدالة . واما مالك فليس يضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان * وسبب اختلافهم هل ماتع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واضر بوا عليه بالدفوف خرجه ابو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرحمت وقال ابو نؤير وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لاشترط محبة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح .

﴿الفصل الثالث في الصداق﴾

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث في نشطه ، الموضع الرابع في التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق . ﴿الموضع الاول﴾ وهذا الموضع فيه اربع مسائل ، الاولى في حكمه ، الثانية في قدره ، الثالثة في جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجرهن » .

﴿المسئلة الثانية﴾ واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لا كثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعي واحمد واسحق وابو نؤير وفقهاء المدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون غنماً وقبة لثى * اجاز أن يكون صداقاً وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة أو ماساوى الدرهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ماساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهماً * وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقفاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرتفعة فانها على الدوام يشبه الموض

ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة والسبب الثاني معارضة هذا القياس
 المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي يقتضى التحديد فهو
 كما قلنا أنه عبادة والعبادات موقفة . وأما الاثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث
 سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه امرأة
 فقالت يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال يا رسول الله
 زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شيء تصدقها
 اياه فقال ما عندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطينها اياه جلست لا ازار
 لك فالتمس شيئاً فقال لا أجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس
 فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا
 وسورة كذا لسورسيها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكما بماء معك من
 القرآن قالوا فقله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على انه لا قدر لآله
 لانه لو كان له قدر لينته اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى
 مع أن القياس الذي اعقده اتنائون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين
 ، إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة موقفة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه
 قد يلقى في الشرع من العبادات ما ليست موقفة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم
 وأيضاً فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر
 لا احتمال ان يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكما بماء معك من القرآن
 وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياه انه قال قم فعلها لما ذكرانه معه من
 القرآن فقام فعلها فجاء نكاحاً باجارة لكن لما التمسوا أصلاً يقيسون عليه قدر الصداق لم
 يجدوا شيئاً أقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذي
 استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون متدرجاً أصله القطع
 وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع
 غير الوطء وأيضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونص خلسة وهذا
 استباحة على جهة الذمة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذي به تشابه
 الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة
 الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذي لم ينسب عليه اللفظ وهذا

النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعملوه في تعيين قدر التحديد ، وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك وما لك بنعلين فقالت نعم فبوزن كاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق الفائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال ابن شريمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الجنفية لكون الصداق محددًا بهذا القدر بحديث برونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام: انه قال: لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحصل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه برويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابر وأولئك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة وفي جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال، قول بالاجارة، وقول بالمنع، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أمحابه اصبح وسخنون وهو قول الشافعي ومنه ابن القاسم وأبو حنيفة الا في العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتعاه أم الامر بالمعسفين قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » الآية ومن قال بئس بلزوم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستتاة من بيع العر المحبوس ولذلك خالف فيها الاصم وابن عليه وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ناجية في عين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجارة على المستأجر . وأما كون العتق صداقا فانه

منه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم مراضة الامر الوارد في ذلك
 للاصول أعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام: أعق حفية وجعل عتقا صداقهم
 احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه في هذا الباب ووجه
 مفارقتها للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا
 اعتقت ملكك تسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه
 غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد انقلت عليه قيمتها اذ كان انكاحا لها بشرط الاستمتاع بها وهذا
 كله لا يمارض به فله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام
 والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته * وأما صفة الصداق فاتهم
 اتفاقا على انعقاد النكاح على المرض المعين الموصوف اعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف
 واختلفوا في المرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكم على عبد أو خادم من
 غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا
 وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان له الوسط مما سمي وقال أبو حنيفة يحبر على
 القيمة * وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك يجري البيع من القصص في التشاح
 أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصص منه أكثر ذلك المكارمة فن قل يجري في التشاح يجري
 البيع قال كمالا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري
 مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قل يجوز . وأما التأجيل فن قوم لم يحجزوه أصلا وقوم
 أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا
 التأجيل منهم من لم يحجزه الا زمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجازوه
 لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل
 أولا يشبه فن قال يشبه لم يحجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع
 التأجيل فلكونه عبادة .

﴿الموضع الثاني في النظر في التتبرر﴾ وانفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول
 أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج
 وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا » الآية * وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الا أن
 فيه دليلا مسموعا لانعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول
 المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والحلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور

فقال مالك والشافعي ودادولا يجب إرجاء السعوى والنصف المهر ما لم يكن الميسر وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرماً أو مريضاً أو أصماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيئاً في قوله تعالى «وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض» ونص في المطلق قبل الميسر أن لها نصف الصداق فقال تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل الميسر وبعد الميسر ولا وسط بينهما فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب إلا بالميسر والميسر هنا الظاهر من أمره أنه الجماع وقد يحمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العين المؤجل أنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأخيراً في إيجاب الصداق. وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهم أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو إذا اختلفا في الميسر أعني التالين باشتراط الميسر وذلك مثل أن تدعى هي الميسر وينكر هو فالشهور عن مالك أن القول قولها وقيل إن كان دخول بناء صدقت وإن كان دخول زياره لم تصدق وقيل إن كانت بكراً نظرت إليها النساء فيحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر اتقول قوله وذلك لأنه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب التمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الآلا ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع إلى هل إيجاب التمين على المدعى عليه معطل أو غير معطل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى وسيأتي هذا في مكانه.

(الموضع الثالث في التشطير) وانتهوا اتفاقاً بمجملاته إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى «فنصف ما فرضتم» الآية، والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجبته من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يمرض له من التغيرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح

الصحيح أعني ان يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد فان لم تكن افرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما وجوب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار مناهم مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو التفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العتد أو من قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العتد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحد منهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخا لم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلمتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قل اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة وانبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فمدحكم ما يمرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فان ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فان كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلقا للكل وإما أن يكون نقصا وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفا فيه بتفويت مثل البيع والعق والهبة أو يكون تصرفا فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجه به الى زوجها فبند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تلك المرأة الصداق قبل الدخول أو المولت ملكا مستقرا أولا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هم فيه شريكان لم تعد قد دخله في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يخلتوا انها اذ صرفته في منافعها ضامنة للنصف * واختلفوا اذا اشترت به

ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسباع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول وليس ينفى أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » وذلك في لفظة يعفون فأنها تعال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة وبشبه أن يكون هذان الاختلافان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية أي شرعا زائدا لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعا فذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية تظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يمسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصير الموم قوله تعالى « إلا أن يعفون » واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لأنه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كالماله وهبت له غير ذلك من المأهور فرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى ان الحق في العين مالم يقبض فإذا قبضت صار في الذمة .

﴿الموضع الرابع في التفويض﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما علمنوهن أو تعرضوا لهن فريضة » واختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما إذا طلقت الزوجة فرض الصداق واختله في القدر ، والموضع الثاني إذا مات الزوج ولم غرض هل لها صداق أم لا .

(قاما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة بطلب أن يفرض لها مهرأ فقالت طامقة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فن طلق بعد الحكم فن مؤلا من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لأن أصل القرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول ابى حنيفة وابحابه . وقال مالك وابحابه الزوج بين خيارات ثلاث إما ان يطلق ولا يفرض وإما ان يفرض ما تطلبه المرأة وإما ان يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها القرض ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تعرضوهن فريضة » هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أو لا يفهم ذلك فيه احتمال وإن كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى « ومتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتمتع شرط الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التتويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التتويض أن يوجب لها مع المتمتع فيه شرط مهر المثل لأن الآية لم تنص في مفهومها لا سقوط الصداق في نكاح التتويض وإنما تضمنت لا باحة الطلاق قبل القرض فن كن يوجب نكاح التتويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يشتر اذا وقع الطلاق كما يشتر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر لمثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا قامت الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وابحابه والاوزاعي قولوا ليس لها صداق ولها التمة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وادود عن الشافعي اتولان جميعا إلا ان المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم ما روضة القياس للآثر أما الآثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها رأيي فان كان صوابي فاني لله وإن كان خطأ فاني أرى لها صداق امرأتين نساها لا وكس ولا شطط وعليها المدة وله الميراث فقام معتل بن يسار الاشجعي فقال أشهدت قضيت فيها قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في جرو ع بنت واشق خرجه أبو داود والشافعي والترمذي ومحمد . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلم يقبض الم عوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي

في هذه المسئلة ان ثبت حديث جريح فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

* (الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) *

والصدوق فساد ما عينه واما لصفة فيه من جهل أو عذر فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العذر والجهل فلا يصل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة

(المسئلة الاولى) اذا كان الصدوق خمر أو خنزير أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بغير أشارا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان، احداهما فساد العقد وفسده قبل الدخول وبه وهو قول أبي عبيد، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صدوق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح فساد الصدوق كما يفسد البيع فساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصدوق بدليل أن ذكر الصدوق ليس شرطاً في صحة العقد قال يعضى النكاح ويصح بصدوق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي يقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصدوق المحرم المين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست أذكر الآن فيه نصاً .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبداً ويدفع الف درهم عن الصدوق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصدوق فتعنه مالك وابن القاسم وبه قال أبو نور وأجازة أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بامر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها جلاء يحجب به الاب على ثلاثة أقوال، قال أبو حنيفة وأصحابه ان شرط لازم والصدوق صحيح، وقال الشافعي المهر فاسد ولها صدوق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لا ينته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فن شبهه بالوكيل يبيع

السلمة و بشرط لنفسه جلاء قال لا يجوز النكاح كالأبجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك
مخالفاً للبيع قال بجوز. وأما فريق مالك فلا نهائمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون
ذلك الذي اشترطه لنفسه قصباناً من صدأق مثلها ولم يضمنه إذا كان بعد انعقاد النكاح
والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمرو بن عبد العزيز والثوري وأبي عيسى وخرج
النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم: أعمأ امرأة تكحت على حياء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة
النكاح فهو لن وأعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب
مختلف فيهم قبل أنه ^{هو} فهو ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمرو بن عبد البر إذا روتها التقات
وجب العمل به .

المسئلة الرابعة واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح
ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بغير المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة
بالقيمة وقال مرة بغير المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيس يرجع بالقيمة وقيل يرجع
بالمثل قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجهاً
وشدسحتون فقال النكاح قاسد ومبني الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه
فمن شبهه قال يفسخ ومن لم يشبهه قال لا يفسخ .

المسئلة الخامسة واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له
زوجة وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور يجوزوا واختلفوا في الواجب في ذلك
فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول
الشافعي وبه قال أبو نوري إلا أنه قال أن طلقها قبل الدخول أن لم يكن لها إلا النكحة وقال أبو حنيفة
أن كانت له امرأة طلقها ألف درهم وإن لم تكن له امرأة فله مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الاثنين أو
أقل من ألف ويخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان القدر ولست أذكر الآن
نصافيه في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به
فهم المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ونسبها وما لها
وقال الشافعي يعتبر بنسأ عصبها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نسأ قرابتها من العصبية
وغيرهم ومبني الخلاف هل المأثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه
الصلوة والسلام: ينكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق * واختلافهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت أعني وقت الوجوب . فأمّا اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة لزوجي ثمانين وقال الزوج بمائة فان اتفقا ما اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انها يتحالفان ويتفاسخان وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال أبو نؤير وابن أبي ليلى وابن شيرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوج إلى وجهه إلى مهر مثلها وقول الزوج فيأزاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ولم يراقسح كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد إلى صداق انتل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم يعني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معمل أو غير معمل فن قال معمل قال يخلف أبدا أقوامه شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معمل قال يخلف الزوج لانها تفرقه بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدر أرائنا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشياء والمخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر انتل والقول قوله فيأزاد على مهر المثل رأى انهما لا يستويان أبدا في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواه من ان يكون فيما يادل صداق مثلها فدونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق انتل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يترافعا على شيء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب إلى هذا فانما يشبه بالمان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للمان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري واحمد وابو نؤير وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله

بعد الدخول وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابداً أحسن لأنهم ادعى عليها ولكن مالك رأى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله يمين أو بغير يمين ويمين أحسن وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنها يتحالفان ويفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن أكثر ثم ادعت أو اقل عما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبح القول قول الزوج إن كان يشبهه سواء أشبهه قولهما أو لم يشبهه فإن لم يشبهه قول الزوج فإن كان قولها مشبهاً كان القول قولها وإن لم يكن قولها مشبهاً تحالفها وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في اقتدراعى يتحالفان ويتراجعا إن إلى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصلاً في كتاب البيوع أن شاء الله .
وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالي* والذي يجب على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الاجل قول التارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب إلا بعد الدخول قياساً على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

(الركن الثالث في معرفة محل العقد)

وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة أحدها مانع العدد، والثاني مانع الجمع، والثالث مانع الرق، والرابع مانع الكفر، والخامس مانع الاحرام، والسادس مانع المرض، والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم

تأنيده والثامن مانع التطليق ثلاثاً للمطلق، والتاسع مانع الزوجية، فالوانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً في هذا الباب أربعة عشر فصلاً .

(الفصل الأول في مانع النسب)

واهتموا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واهتموا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولاد من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل أنثى لك عليها ولاد من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحداصليك أو مجموعهما عني الاب والام أو كليهما والعممة اسم لكل أنثى هي أخت لانيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الخالة فهو اسم لاخت امك أو اخت كل أنثى لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل أنثى لا خيك عليم ولادة من قبل امها أو من قبل أبيها أو مباشرة وبنات الاخت اسم لكل أنثى لا ختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل امها أو من قبل أبيها فهو لا عال عيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذا الجملة والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بشكاح يحرم الوطء على العيين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فثنتان أربع زوجات الآباء والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل في ذلك ايضاً قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء ايضاً والاصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهو لاء الاربع انفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس المقدور وهو تحريم زوجات الآباء والابناء واحدة بالدخول وهي ابنة الزوج واختلقت وامنها في موضعه ، أحد مهمل من شرطه ان تكون في حجر الزوج ، والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء . وأما أم الزوج فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالمقد على البنت فقط

واختلفوا ايضا من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح او النكاح يشبهه فهنا ربيع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة او ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرط في الرائب اذا لفرق في ذلك بين التي في حجره والتي ليست في حجره قال تحرم الربيسة باطلاق ومن جعله شرطاً غير متول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط او بالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللبس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد ان اللبس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولي الشافعي وقال داود والمنزلي لا يرميها الا الوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظراً لذو إلى أي عضو كان وفيه عنه خلاف وواقفه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر بحمل اللبس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قولي فلم يوجب في النظر شيئاً وأوجب في اللبس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى «اللاتي دخلن بهن» الوطء أو اللتذذ بما دون الوطء فان كان اللتذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا .

(المسئلة الثالثة) وأما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالمعتمد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الى ان الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت اعني انها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللاتي دخلن بهن) يعود الى اقرب مذكور وهم الرائب فقط او الى الرائب والامهات المذكورات قبل الرائب في قوله تعالى «وامهات نسائكم ور بائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلن بهن» فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلن بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات . ومن المحجة للجمهور ما روى المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فقد دخل بها ولم يدخل فلا تحل

لهامها

(واما المسئلة الرابعة) فاختلقوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او شبهه أعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح ابني الزاني لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح وامام مالك في الموطأ عنه مثل قول الشافعي انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما في الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالة المعنى الشرعي واللغوي فنراعي الدلالة اللغوية في قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرملة التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجتماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا ، واتفقوا في احكي ابن المنذر على ان الوطء بملك الميمن يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح * واختلقوا في تأثير المباشرة في ملك الميمن كما اختلقوا في النكاح .

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعني ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على الموضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلقوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احدها في مقدار الحريم من اللبن . والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع الحريم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتغذية التدي أولاً يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولاً يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب * والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ امام مقدار الحريم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم اتحديده وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهو لا يحرم عند من أي قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي وقالت طائفة بتحديد

القدر المحرم وهو لاء اة سموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصبة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فافوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بمضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأما نكم اللاتي أَرْضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى ، أحدهما حديث عائشة وما في معناه قال عليه السلام : لا تحرم المصبة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجهم مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجان : والحديث الثانى حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال تحرم المصبة والمصتان ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصبة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فافوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصبة ولا المصتان يقتضى أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضى أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب

(المسئلة الثانية) * وانفقوا على أن ارضاع يحرم في الحولين واختلقوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان ، أحدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثانى حديث عائشة خرجها البخارى ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت أنفصب في وجهه فقلت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانك من الرضاعة فان الرضاعة من الجماعة فن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذى لا يقوم للرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة في

عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسلام ومن رجع حديث
سلام وعلى حديث عائشة لانهما لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبر .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته
امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي ثبت الحرمة به * وسبب
اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: فأنما الرضاعة من الجماعة فانه يحتمل
أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن الجماعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع
ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفلوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من الجماعة
قالا اختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه الجماعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار
الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي
يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقاتلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط
منهم انقطاع أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المادة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر
واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى
ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة
آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى «والوالدات برضع أولادهن حولين
كاملين» يؤهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع بجماعة من اللبن وقوله عليه الصلاة
والسلام: «إن الرضاعة من الجماعة يقتضى عمومها ان مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع
محرم» .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع
فان ما لك قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم * وسبب اختلافهم هل
المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله
على الجهة المعتادة وهو الذي ينطق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى
وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مختلط
لفريد فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل
لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون
من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو أقرد اللبن أو كان مختلطاً لم تذهب عنه * وسبب

اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خلطت الحلال الطاهر والاصل المعترف في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يظهر اذا حالطه شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والخفنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والاوزاعي واثوري لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال علي وابن عباس وبالفول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح اخو ابى القعيس يستأذن علي بعد أن أنزل الحجاب قايت ان آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليج عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فن رأى أن ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأما نكح اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل يحرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل يقتضاه أو يجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلين الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي قصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالا حاديت النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا تترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الاشهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الاشهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشقو قولهما بذلك

قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشق قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنين * والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فجأله الالترالواردي في ذلك للأصل المجمع عليه أعنى أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضحف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والامعاً منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة والامرالواردي في ذلك هو حديث عقبه بن الحارث قال يارسول الله إني تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على التذب جمعاً بينهما وبين الأصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة الرضعة فأنهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ والياثسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملاً كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي وإن وجد فليس لبناً إلا إلا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم ولا يتناولها ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الإشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين إلى الزنا وإلى النكاح وإنما صار الجمهور لمحل الآية على الذم لا على التحريم لما جاعل الحديث أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته أنها لا تريد لابس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : طلقها فقال له إن أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضاً إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا

الاصل وبه قال الحسن . واما زواج الملاعة فمن زوجها الملاعة فنسب كرها في كتاب اللعان .

* (الفصل الخامس في مانع العدد) *

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العيب وفيما فوق الاربع اما العيب فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً وبه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا اعني ان حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا يجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما اسلم وتخته عشرين سنة: امسك اربعاً وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز نسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

(الفصل السادس في مانع الجمع)

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاثنين بمقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاثنين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك المين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم مراضة عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاثنين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما كنتم ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحفل أن يعود لا قرب مذكور ويحفل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاثنين) ملك المين ويحفل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاثنين على عموم ولا سيما ان علل ذلك بسله الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك المين اذا كانت احدهما بنكاح والاخرى بملك المين فمنه مالك وابو حنيفة وأجازة الشافعي وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه

الصلاة والسلام: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واقتوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكرك عليك ولادة ما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي أخت لأكلك أنثى لها عليك ولادة ما بنفسها واما بتوسط أنثى غيرها ومن الحرات من قبل الام واختلقوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلقوا أى عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يمتدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والاخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والاخر أنثى فلم يحز لهما أن يتناكحا فهو لا يحل الجمع بينهما . واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الاخر فان الجمع يجوز كالخال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانهما زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجني وهذا القانون هو الذي اختاره اصحاب مالك وأولئك يعمون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

* (الفصل السابع في موانع الرق) *

واقعة اعلى أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامي منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين ، أحدهما عدم الطول الى الحرية ، والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامي منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حرا وعبد واحدا كان الحر أو غير واحد خاتماً لعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ههنا

والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يمرض فيه الى صفات الزوج المشترطة في نكاح الاما عا واما المقصود به الامر بانكاحهن والايجيرن على النكاح وهو ايضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعني الذين لم يجزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما، أحدهما اذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال ابو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من أمة واحدة ثلاث اواربع او ثنتان فمن قال اذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا او متاهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تنعمه من العنت فله أن ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحالها قبلها وبخاصة اذا خشي العنت من الامة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح امة ثانية على الامة الاولى ولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لا ينكح اكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح اكثر من امة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظرا واذ قلنا ان له ان يتزوج على الحرة أمة فزوجهما بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه او في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولاً بحرة هل يفارق الامة ام لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها اعني أمحب مالكا واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح.

﴿ الفصل الثامن في مانع الكفر ﴾

واختلفوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تنكوا بعصم الكوافر) واختلفوا في نكاحها بالملك على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الامار وى في ذلك عن ابن عمر واختلفوا في إحلال الكتابية الامة بالنكاح واختلفوا على إحلالها بملك البين * والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك البين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تنكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن) اسموم قوله (والحصنات من النساء إلا ما ملكت أيانكم) وهن المسيات وظاهر هذا يقتضى العموم

سواء كانت مشركة أو كتابية والجمهور على منعها والجواز قال طائوس ومجاهد ومن المجتهدون
 ماروى من نكاح المسييات في غزو قنوطاس إذ استأذنه في العزل فأذن لهم وإنما صار
 الجمهور لجواز نكاح الكتابيات لحرار العبد لان الأصل بناها لمخصوص على العموم اعني
 ان قوله تعالى «والحصنات من الذين أنابوا الكتاب» هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا
 المشركات حتى يؤمنن) هو عموم فاستثنى الجمهورا لمخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم
 ذلك جمل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وإنما اختلفوا في احلال الامة
 الكتابية بالنكاح لما رضى العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضى اباحة
 تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية بما رضى ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من
 يرى أن العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومته فنخصص العموم الباقي بالقياس أو لم يبر
 الباقي من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقي العموم بعد
 التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا ايضا سبب آخر لاختلافهم
 وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من خيانتكم المؤمنات) يوجب أن لا
 يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس من كل
 جنس يجوز فيه النكاح بالزواج ويجوز فيه النكاح بملك الميمين أصله المسلمات والطائفة
 الثانية انهم يجوز نكاح الامة المسلمة بالزواج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة
 الكتابية بالزواج وإنما اختلفوا على احلالها بملك الميمين للعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت
 أيما نكم) ولا جماعهم على أن السبي يحمل المسيية الغير ممتزوجة وإنما اختلفوا في المتروجة هل
 يهدم السبي نكاحها وان هدم ففي يهدم فقال قوم ان سياما أعني الزوج والزوجة لم يفسخ
 نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي
 يهدم سياما أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما ان السبي
 لا يهدم النكاح أصلا وإنا نرى انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي * والسبب في اختلافهم هل
 يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الميمين أهل العهد وبين
 الكافرة التي لازوج لها والمستأجرة من كافر وأما مرقى أبي حنيفة بين ان سياما ما بين
 ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما الارق والمؤثر في
 الاحلال عند غيره هو الرق وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه
 أن لا يكون للزوجية هنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها

بالذمية فيعيد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه .

﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح مميونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجاه اهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن مميونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنهما من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح فتنرجع هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس اوجع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل التهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض القعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا في نكاح المريض فقال ابو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما ان التفرق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من التلث ويجوز بيعه ولا اختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها التلث ولم يعتبر والنكاح هنا بالتلث ودرجواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصلحا لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كالايجوز بالنقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح فطرق للناس أو

ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم فانغوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بطواهر الشرائع نظراً الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناعات الشئ وضده مما اكنسوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحدث في ذلك حدم مؤقت صناعى وهذا كثيراً ما يعرض في صناعة الطب وغيره من الصنائع المختلفة .

﴿ الفصل الحادي عشر في مانع العدة ﴾

وافترقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلوا في من زوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي والليث يفرق بينهما ولا يحل له أبداً . وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في زواجهما مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصحاب حجة أم ليس بحجة وذلك ان مالكا وروى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرّق بين طليحة الاسديّة وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال ايماء امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولهما مهرهما بما استحل مناهما وبما عاضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهو انه ادخل في النسب شبهة فأشبهه الملا عن وروى عن علي وابن مسعود بخاتمة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريرها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريرها عليه ورواه الثوري عن اشدث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريرها بالمقدّم فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسيبة حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلوا ان وطئ هل ينقض عليه الولد ولا ينقض والجمهور على انه لا ينقض وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابناً بحجة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن

ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبد وقد غداه في سمنه وبصره . واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسيأتى في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلقوا في المسبية على ما تقدم واختلقوا أيضا في الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا لجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لمعوم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة بوجوب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكن شس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شبة عن أبي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية قاصبا يواحيما من العرب يوم اوطاس فهزمومهم وقتلهم واصابوا لهم نساء هن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأموا من غشيانهن من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للنكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما مما أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقاد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلقوا في موضعين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر . فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نساء أو أسلم وعنده أختان فان مال الكافل يختار منهن أربعاً ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وأبو داود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينهما وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للآخر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما

مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشرين نسوة أسلمن معه فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاء والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخترأبتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعني انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فاتهم اختلقوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فنه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كناية فتكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجته عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يلفنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها ما هاجر قبل أن تنقض عدتها . وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فاتهم اختلقوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت افرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح . وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور . وأما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فاروى من أن أباسفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامها ايضا قبل .

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة الميوب ، والاعسار بالصدائق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث فقد أعني فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المازوجة فيعتقد في هذا الباب أربعة فصول .

﴿الفصل الأول في خيار العيوب﴾

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين ، أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد ، والموضع الثاني إذا قلنا انه يرد فنأبها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الأول فان مالك والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل قول الصحاح حجة والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصحاح الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال : أيما رجل تزوج امرأة أو بهاجنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على ونها . وأما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للسبب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب ، الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء أما قرن أو رقيق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الأنف فقبل ترد بها وقبل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والتوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بيمين فقط القرن . والرق فاما احكام الرد فان القائلين بالرداة فتوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والميسس فقال مالك ان كان ولها الذي زوجها ممن يظن به لفر به منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخت فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ * وان كان بعيد أرجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصداق كله بالميسس ولا رجوع له عليها ولا على ولي * * * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه الميسس أعني اتفاهم على وجوب المهر في النكحة الفاسدة بنفس الميسس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير إذن سيدها فمكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا القسح بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم النكحة المنسوخة أعني بعد الدخول وانفق الذين قالوا بفسخ

نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة بخلي بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعه قليل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومجمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى وقيل لأنها يخاف سرانها الى الابداء وعلى هذا التعليل رد بالسواد والقرع وعلى الاول رد بكل عيب اذا علم انه مما يخفى على الزوج

❦ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ❦

واختلفوا في الاعسار بالصداق فكان الشافعي يقول بخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له قليل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابو حنيفة هو غيرهم من الغرماء لا يفرق بينهما و يؤخذ بالنفقة ولهذا ان تمنع نفسها حتى يعطيا المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر الا الحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالابلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو نور وأبو عبيد وجاعة يفرق بينهما وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع ورع ما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع او بدليل من كتاب الله أو سنة فبسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

❦ الفصل الثالث في خيار الفقد ❦

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يمشي الى مثله غالباً قليل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فحين غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي ابصاراً عن عثمان وبه قال الليث وقال

الشافى وابو حنيفة والثورى لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الابوت او طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر باللاحق لها من غيبته بالابلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أو بعمدة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندم حكم الاسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشبه فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل بتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وقتهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعنى بعمره حينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجوز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

واشنعوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبدان لها الخيار . واختلقوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافى وأهل المدينة والاوزاعى وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حرراً كان أو عبداً * وسبب اختلافهم تراض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجير الذى كان في انكاحها باطلاً اذا كانت أمة أو الجير على زوج بها من عبد فن قال العلة الجير على النكاح باطلاً قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجير على زوج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حرّاً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلقوا أيضاً في الوقت الذى

يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار ما لم عسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يستقط خيارها بالميسر إذ اعلمت ان الميسر يستقط خيارها .

(الباب الرابع في حقوق الزوجة)

واعتقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولأنب من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فاعتقوا على وجوبها واختلقوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولن يجب وعلى من يجب . فاما وقت وجوبها فان مالك قال لا يجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً وأما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني ان لها النفقة باطلاق * وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان انها محبوسة على الزوج كالفأب والمر بوض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى انها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المصرد * وسبب اختلافهم زرد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اذهبوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدودوا واختلقوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكيف يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا يتخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم يجب فتمت فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يتخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلاً شرعياً لا يجب النفقة على الخادم الا تشبيهه بالاخدام بالاسكان فانهم اعتقوا على أن الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للبطلة الرجعية . وأما لن يجب النفقة فانهم اعتقوا . لي انها تجب للحررة الغير ناشز واختلقوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا يجب لها نفقة وشذوهم فقالوا يجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة المعلوم للمفهوم وذلك أن عموم قوله

عليه الصلاة والسلام: ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن التامش وغير التامش في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع بوجوب أن لا نفقة للتامش. وأما الامة فاختلاف فيها لأصحاب مالك اختلافاً كثيراً فقيل لها النفقة كالحره وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً أن كانت تأنيه فلها النفقة وإن كان يأنيه فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذى تأنيه وقيل إن كان الزوج حراً فعليه النفقة وإن كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما يبتضع بهاضر بامن الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذى تأنيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة انزوجه أن تأنى زوجه في كل أربعة أيام. وأما على من يجب فاتفقوا أيضاً أنها تجب على الزوج الحاضر واختلقوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله. وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه. وقال أبو حنيفة لا تجب إلا بأيجاب السلطان وإنما اختلفوا فيمن القبول قوله إذا اختلفوا في الاتفاق وسياق ذلك في كتاب الاحكام إن شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه وقوله عليه الصلاة والسلام: إذا كانت للرجل امرأتان فإلى إحدى أحدهما جاء يوم القيامة وأحدهما مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام: كان إذا أراد السفر أقرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهى محتسب به أولاً محتسب إذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما قيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً ولا محتسب إن كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج وقال أبو حنيفة الإقامة عندهن سواء بكرة كانت أو ثيباً ومحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان: إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلِكَ هو أن إن شئت سمعت عندك وسمعت عندهن وإن شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى منقلى عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى

خرجه أبوداود وصار أهل المدينة إلى ماخرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة إلى ماخرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البرك سبعا وعشرا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على التدب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أو متضمنة أمره فقط فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وانها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والمادة . وأما انطلقت فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعملها الرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا إجماع لتو له سبحانه (فإن أرضعن لكم فآتهن أجورهن) (الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها) والآنكحة التي وردت في فهم مصرحاً أربعة . نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فاتهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع الأخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز ثبت النهي عنه * واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ أبد أقبل الدخول وبمده وبه قال الشافعي إلا أنه قال إن سمي لأحدهما صداقاً ولهما ما فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمي به فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحاق وأبو ثور والطبري * وسبب اختلافهم هل النهي المطلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنقذ على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكا رضي الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هتامن قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي أعني يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد النهي .

﴿وأما نكاح المتعة﴾ فانه توارث الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها المحابيه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحجج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه انه قال: ما كانت المتعة الارحمة من الله رحم بها أمة محدولوا لانهمي محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شق وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول: تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفنا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس .

﴿وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره﴾ فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال، قول بالسسخ وقول بعدم الفسخ وقرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هونكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي هونكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لمن الله المحلل فن فهم من اللعن التائيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التائيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي . وأما الانكحة الفاسدة بفهم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتفسير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . وأما الزادات التي تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا ينتلها من يدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون في ذلك عين يعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق أو يعتق من اقسام عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضاً وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شيرمة لها شرطها وعليه

الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يفتنون بها وقول الجماعة مروى عن علي
وقول الاوزاعي مروى عن عمر * وسبب اختلافهم ممارسة العموم للخصوص فاما
العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط
ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : احق الشروط ان يوفي به ما استحل من الفروج والحديثان
صحيحان خرجهما البخاري ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص
على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في الحثية وان كان المشهور خلاف ذلك واما
الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف في المذهب اخلاقا كثيرا اعني في
لزومها وعدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

﴿ واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت ﴾ فتنها ما انفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده
وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح
محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولما اذ يرجع
من الاخلال بشروط الصحة وما لك في هذا الجنس وذلك في الاكثر فسخه قبل الدخول
ويثبت بعده والاصل عنده فيه ان لا يفسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد
انه يفوت بحالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة
والافلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب
كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا فافسخ
قبله وبعده ومتى كان ضعيفا ففسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متقنا عليه او
مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا
وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة
اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول او عدمه وقد نرى ان قطع هذا القول في هذا الكتاب فان
ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

—•••••—

(كتاب الطلاق)

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع حمل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق ، الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى في معرفة الطلاق الشئى من البدعى ، الباب الثالث في الخلع ، الباب الرابع في تمييز الطلاق من القسح ، الباب الخامس في التخيير والتفليك .

﴿ الباب الاول ﴾ واقتفوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون في مدخول بها وانما اقتفوا على هذا لقوله تعالى « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يرجع زوجته لما طلقها حائضاً ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن فاقفوا على ان البيئونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل الموضع في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسينى بعد واقتفوا على ان العدد الذى يوجب البيئونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلقوا اذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البيئونة في الرق اثنتان واختلقوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما فى هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمة حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمة حكم الواحدة ولا تأمير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تمحل له من يمدح حتى تنكح زوجاً غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأما بعد عليهم عمر واحتجوا أيضاً بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركاة زوجه ثلاثاً في مجلس

واحد فزن عليها حزننا شديد أفسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها ثلاثاً في مجلس واحد قال أمتك طلقة واحدة فأرتجمها وقد أخرج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاووس وان جلة أصحابه روى عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمر وبن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق ومم وانما روى الثقات انه طلق ركناً زوجه البتة ثلاثاً * وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من اليونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما ازم الشرع فن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في محبة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح واليوع قال لا يلزم ومن شبه بالندور والايان التي ما ازم المبد منها لزمه على أى صفة كان ازم الطلاق كيفما ازمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التلظي في الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

المسئلة الثانية * وأما اختلافهم في اعتبار قص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان يختلف عنه في ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً أو ممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن قهها الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رقت منها قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رقت المرأة أو رقت الرجل فن قال التأثير في هذا لمن يبد الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال بالتأثير في هذا الذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام الطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى قصاتها تابع لرق النساء واحتج القرى الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعاً الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحيح . وأما من اعتبر من رقت منها فانه جمل سبب ذلك هو الرق مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك لا الذكور ولا الانثى مع الرق .

﴿المسئلة الثالثة﴾ . وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك أن الجوهر صاروا إلى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أوطاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنأ دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان القاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التعليل لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرحمة دأمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت اليبوسة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحين ولذلك ما ترى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

﴿الباب الثاني﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي يمسه فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام: مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل ان يمس فلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء ، واختلفوا من هذا الباب في ثلاث مواضع ، الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ، والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ اثلاث مطلق للسنة أم لا ، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض .

﴿أما الموضع الاول﴾ فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجة بعد

أم ليس من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

﴿ وأما الموضع الثاني ﴾ فان مالكاً ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لتيسر سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن المجتلي نطق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فاما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهرهما من قول الشافعي .

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا بغير طلاقه وقالت فرقة لا يتخذ ولا يقع والذين قالوا بغيره قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء اختلفوا فرقتين فتوهم رأوا ان ذلك واجب وانه يحير على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يحير وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار قال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يحير ما لم ينتقض عدنها وقال أشهب لا يحير الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا في وقوع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم ينجس ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها اذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يحسبها فيه ثم بالامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسحها فيه فتنا اذا أربع مسائل ، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، وثانيه ان وقع فهل يحير على الرجعة أم يؤمر فقط ، وثالثه متى وقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مرة فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون

الابعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريح أنهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يغتصبه ابن عمر . وأما من لم يرد هذا الطلاق واقفاً فإنه اعقد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فصل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده بشعر بعدم قوته ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صريحة وإجزاء أم شروط كمال ونعمان فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال ونعمان قال يقع ويندب الى أن يقع كاملاً ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجيره على الرجعة فقد تناقض فقد بذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر فمن اعقد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلنا من كون الطلاق واقفاً قال هذا الأمر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يقع الطلاق بعد الإيجاب فإن من اشترط في ذلك أن يحسبها حتى تظهر ثم تحيض ثم تظهر فأنما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق إلا آخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيأذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى بنونس بن جبيرة وسعيد بن جبيرة وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة لانه طلق في زمان كرهه فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه . فبسبب اختلافهم تمارض الآثار في هذه المسئلة وتمارض مفهوم الملة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فأنما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها الطول زمان العدة لانه الزمان الذي له فيه الرجوع أشبه فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى يظهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فإنه قال انما أمر براجعها ثلاث طول عليها العدة فإنه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان

قلانته يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبى أن يجوز إجماع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

« (الباب الثالث في الخلع) »

واسم الخلع والقعدة والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذله له جميع ما أعطاه والصلح ببعضه والقعدة بما كثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولاً ثم ثانياً في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعني هل هو طلاق أو فسخ . ثم رابعاً فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولادين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ردبن عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقه وطلقها طلقه واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بتغير رضاها واما رضاها ففائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومها أو على خصوصه .

(الفصل الثاني)

فأما شروط جوازها فارجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشئ الذى يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء

أومن أوليائهن ممن لا تملك امرها في هذا الفصل أربع مسائل .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ أمامقدار ما يجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة أكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت فن شبهه بسائر الاعراض في المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يحز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأباحنيفة بشرط ان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم مشل الآتي والشارد والتمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز التمر ومنع المردوم * وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بهان شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي اعراض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلقوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالتجر والخزير هل يجب لها عوض ام لا بعد انفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا به قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرارها او الاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تمضواهن لتذهبن ببعض ما آتيتهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وشذ أبو قلابية والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهداهن في وحلوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا شرط الخوف أن لا يقيا حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفتنة ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيحصل في الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال اي مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيا حدود الله . وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان

الرشيده تخالغ عن نفسها وان الامة لا تخالغ عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفينة مع
وليها عند من يرى الحجر وقال مالك بخالغ الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنته
الصغيرة لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز لانه
لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر مراهمة منها وروى
ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اخلعت بقدر مهرها جاز وكان
من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المسئلة التي لا وصى لها ولا
أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على أنه يجوز خلع المالكه لنفسها
وشد الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق . به قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق
والفسخ وقال الشافعي هو فسوخ . به قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقدر وى عن
الشافعي انه كتابة فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد
انه طلاق وقد تفرق هل يعتد به في التطبيقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا
لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثوران لم يكن بلفظ
الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جملة طلاقا
بان الفسوخ أى الذى التى تقتضى الفرقة العالسة للزوج فى انفراق مما ليس يرجع الى اختياره
وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسوخ واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في
كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد
زوج هو الطلاق الرابع وعنده هؤلاء ان الفسوخ يقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى
الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يخلق جميع أنواع
الطلاق لانه شئ غير الطلاق فبسبب الخلاف هل اقتران الموضع هذه الفرقة يخرجها من
نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

وأما الواحده فمقروء كثيرة لكن نذكر منها ما شهر . فنهاه ليرتد على المختلطة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتد إلا أن كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتد وإن كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتد ولم يفرق بين القور والتراخي * وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتد الطلاق عنده ومن لم يرد ذلك لم يرتد . ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلطة في العدة إلا ما روى عن سميد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون . ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يزوجها هو ولا غيره في العدة * وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلوا في عدة المختلطة وسأئى بعدواختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله إن لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدعى ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

﴿ الباب الرابع ﴾

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين ، أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بزواج المرأة نفسها والحرم فسهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثاني أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجة معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وإن كان مما لهما أن يقبلا عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

(الباب الخامس)

ومما يبعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاماً خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة إجماع الطلاق فهو يحقل الواحدة فافوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فافوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إجماع طلاق تنقطع معه العصمة ألا أن يكون تخييراً مقيداً مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمصلحة لا يبطل تملكها عنده أن لم يقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يفرق من المجلس والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق قسمها أن في التوكيل له أن يعزها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه وإن نواه فهو ما أراد أن واحدة فواحدة وإن ثلاثاً فثلاث فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه وفي السدد في الخيار والتمليك وهي عنده ما نطقت فسمها رجمية وكذلك هي عند مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فإن طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في أعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل أنه ليس للمرأة في التملك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمرى بيدي لعلمت كيف أصنع قال فإن الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثاً قال أراها واحدة وأنت أحق بها مادامت في عدها وسألت أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل بعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء غيباً التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تنصب وقد قيل ليس التملك بشئ لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بمجعل جاعل وكذلك التخير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المصلحة أن لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وإبي حنيفة والاولى زاعى وجاعة فقهاء

الامصار وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به الطلاق كالأمانة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك الموضع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو بالتخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتملك واحد في الحكم لأن من عرف دلالة اللفظة أن من ملك انسانا أمر أمن الأمور أن شاء أن يفعله أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاري أو اختاري نفسك أنه ظاهر بعرفنا شرع في معنى اليمينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء لأن المقوم منه إنما كان اليمينونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التملك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلم يأمر بكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على أن لعمري أنها في العدد أعنى في لفظ التملك لأنه لا بد له عليه دلالة محتملة ففضلنا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتملكها إما خاطئة واحدة أو نكاحية لأن الطلاق إنما يحل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة أنه بائنة لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لها طلاق من التملك فائدة ولم قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثا وأنه ليس للزوج منها كرهنا في ذلك فلان معنى التملك عنده انما هو نصير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلقة واحدة فقط أو التخيير فاعاد ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو نقصان عقولهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها واحدة وإذا اختارت نفسها ثلاثاً فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع ، أحدها أنه لا يقع بواحدة منها طلاق ، والثاني أنه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتملك فيما تملك به المرأة أعنى أن تملك بالتخيير اليمينونة وبالتملك ما دون اليمينونة وإذا قلنا باليمينونة فقبل تملك واحدة وقبل تملك الثلاث وإذا قلنا أنها تملك واحدة فقبل رجعية وقبل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تحجب بها

المرأة في التخيير والتفليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتي تفصيل ذلك عند الحكم في ألفاظ الطلاق .

﴿الجملة الثانية﴾ وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه من لا يجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء من لا يقع .

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثاني في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

(الفصل الاول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح واختلعه واهل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام اظواهر متام الصريح ومن شبهه بالمعنى في النذر وفي الجين أو قبه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أو قبه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فأنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما اختلفوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالة على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف أعني ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالة وإنما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع إنما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مستثنان

مشهورتان ، إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالك والشافعي وأبو حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقاً إذا قلنا زوجته أنت طالق وكذلك الصراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بأن قالت إلا أن تقرر بالحالة أو بالمرأة قريبة تدل على صدق دعواه مثل أن تسألها إن بطلت ما من وتاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفيه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندم إلى نية . وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لا يتوهم هنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك بما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدق فيها ادعى .

وأمّا المسئلة الثانية **﴿** في اختلافهم فمن قال لزوجه أنت طالق وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إمّا اثنتين وإمّا ثلاثاً قال مالك هو مانوى وقد لزموه به قال الشافعي إلا أن يقيد فيقول طلقه واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يضمنه لفظ الأفراد لا كتابة ولا تصريحاً * وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحفل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحفل ورأى أن لفظ الطلاق يحفل بالعدد ومن رأى أنه لا يحفل بالعدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو باقراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن أكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلاف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاقاً بآئن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض قليل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فنها هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها هي كناية محتملة ومذهب مالك أنه إذا ادعى

في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً قبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهية في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيادون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بان وهذه هي مثل قولهم جلك على غار بك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواده فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة و يصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوهم يصدق وذلك اذا كان عنده في هذا كونه الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الأربعة جلك على غار بك واعتدى واستبرئ وتنعى لانها عنده من المحفلة غير الظاهرة . وأما ألفاظ الطلاق المحفلة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقاً فيحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ، قول انه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي ، وقول انه لا يصدق باطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك ، وقول انه يصدق الا ان يكون في هذا كونه الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقاً لان المرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلحق بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل قوله فيادعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده في المشهوراً وثلاثاً واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثاً وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عددان يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيادون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أخرى ان يقبل قوله في كنيائنه لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن المجبة للشافعي

حديث ركاة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غارك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعا لحدوث ركاة للمتقدم وصار أبو حنيفة الى انه يكون بائنا لانه المقصود به قطع المصاهرة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على الينونة عنده فبسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى الينونة فقط أو العدد فنقدم النية لمقتضى عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يفتى الى النية . وما اختلف فيه المصدر الاول وقها ما لم صار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب فقط التحريم أعني من قال لزوجه أنت على حرام وذلك أن ما لك قال يحمل في المدخول بها على البت أى الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الاقوال في هذه المسئلة ، والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا نفى ثلاث وان نوى واحدة بآئنه وان نوى يمينا فهو يمين بكفرها وان لم ينو به طلاقاً ولا ينافلس بشئ هى كذبة وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث انه يكون أيضاً ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئاً فهو يمين بكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى ، والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضوعين في ارادة الطلاق وفي عدده فانوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد نحر يمينها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي ، والقول الخامس انه ينوى أيضاً في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مولى فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه ، والقول السادس انه يمين بكفرها ما يكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة خرج به البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » الآية ، والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » وهو قول مسروق والاجدع وأبى سلمة بن أبى عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بمضمم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم أوجب فيها عقوبة رقية . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كتابة أو ليس يمين ولا كتابة فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يتخلو من قسمين . إما تعييد اشتراط أو تعييد استثناء والتعديد المشروط لا يتخلو ان يتعلق بمشئنة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشئنة فانه لا يتخلو ان يعلقه بمشئنة الله أو بمشئنة مخلوق فاذا علقه بمشئنة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا ان يشاء الله فان ما لك اقال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشئنة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتملقه بالافعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشئنة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشئنة من تصح مشئنته وبتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشئنته . وأما تعليق الطلاق بمشئنة من لا مشئنة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلية فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أولاً يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بخلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل ينكح المتعة لكونه وطئاً مسبباً الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتملق الطلاق بوضع الحمل وبحي الحيض والطمث ففي ذلك روايتان عن مالك ، إحداهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانحياز الطلاق في هذا بضعف لانه

مشبه عنده بما يقع ولا بدواً لخلاف فيه قوى. وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول أن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع في هذا. وأما أن علاقته بشئ يمكن أن يعلم بخر وجهه إلى الوجود مثل أن يقول أن ولدت ابنتي فأنت طالق فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود. وأما أن حلف بالطلاق أنها تلد ابنتي فإن الطلاق في الحين يقع عنده وإن ولدت ابنتي وكان هذا من باب التعليق والقياس بوجوب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك أنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلم من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الأيلاء ضرب له أجل الأيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وإن كان مما لا يفوت كان على البرحتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة أو تبعض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق. فأما مسألة تبعض المطلقة فإن مالكا قال إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والهرج وكذلك تطلق عنده إذا أطلق الجزء منها مثل التلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك إذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لأن هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف إذا تبعض لم يقع. وأما إذا قال لعير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسفاً فإنه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني قوله طلقتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثاً ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بان منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في إردافه في الطلاق الرجعي. وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فمما يتصور في العدد فقط فإذا أطلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من ثلاثة أحوال. إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً أو اثنتين إلا اثنتين. وإما أن يستثنى ما هو أقل وإذا استثنى ما هو أقل. فأما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر. وأما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل فإذا استثنى الأقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة. وأما أن استثنى الاكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان، أحدهما أن

الاستثناء لا يصح وهو مبني على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل ، والاخران الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك السد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالك قال يقع الطلاق لانه انهم على أنه رجوع منه . وأما اذا قيل بالثمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذأ أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصيغة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما أُلزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا بالزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى ومجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجة في ذلك .

﴿ الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق ﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق الماكر بالبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فمهم قولان أحدهما لزومه وان لم ينو قولان أحدهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتته دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكره مختار أم ليس بمختار لانه ليس بكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء أصلا وكل واحد من الفريقين يحجج بقوله عليه السلام : رفع عن امتي الخطأ والتسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقفا للفظ باختياره انه ينطق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الامن أكرهه وقبله مطمئن بالإيمان) وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصره ماليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثني عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم الزني وبعض

أصحاب أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فن قال هو
والجنون سواء إذ كان كلاهما فاقد للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال
الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران
الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما
لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع
وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فوضوع عنه ولا يلزمه
طلاق ولا عق ولا نكاح ولا بيع ولا أحد في قذف وكل ما جتته جوارحه فلازم له في حد في
الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق
السكران وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال إن كل
طلاق جائز إلا طلاق الممتوه ليس نصاً في إزام السكران الطلاق لأن السكران ممتوه ما وبه
قال داود وأبو ثور واستحقاق جماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي
القولان في ذلك واختاراً كثيراً أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه
غير واقع . وأما المرء الذي يطلق طلاقاً ثانياً ويموت من مرضه فإن مالكا وجماعة يقول
ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتورثها اتسموا بثلاث فرق ففرقة
قالت لها الميراث ما دامت في العدة ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها
الميراث ما لم تنزوج ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم
تكن تزوجت أم لم تنزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم في
وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المرء يرضيهم في أن يكون إنما طلق في مرضه
زوجته ليقطع حظها من الميراث فن قال بسد الذرائع أو جوب ميراثها ومن لم يعمل بسد الذرائع
ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك أن هذه الطائفة تقول إن كان الطلاق قد وقع
فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا أنه لا يرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية
بجميع أحكامها ولا بد لخصوصهم من أحد الجوابين لأنه يصير أن يقال إن في الشرع نوعان
الطلاق توجده بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعرض من ذلك القول بالفرق
بين أن يصح أولاً يصح لأن هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم إلى أن يصح أولاً يصح وهذا
كله مما يصير القول به في الشرع ولكن أنما أنس القائلين به أنه أقوى عثمان وعمر حتى زعمت
المالكية أنه إجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من

رأى انها تراث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالطلاق الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في تورثها ما لم تنزوح فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا تراث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلقوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلعت نفسها فقال أبو حنيفة لا تراث أصلاً وفرق الا وراعى بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

* (الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق) *

وأما من يقع طلاقه من النساء فاتهم انفقوا على ان الطلاق يقع على النساء الاتى في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط الزوج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهي طالق فان العلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بالجنسية أصلاً عم المطلق أو خص وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط الزوج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقون عند مالك اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود المالك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالجنسية ومن قال ليس من شرطه الا وجود المالك فقط قال يقع بالجنسية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسن مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عم فاولجنا عليه التعميم لم يجد سبيلاً الى النكاح الحلال فكان ذلك عتبه وحر جاو كانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا أزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو بن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

{الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق} ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بيان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ، الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

❦ الباب الاول ❦

وأجمع المسلمون على أن الزوج على رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (ويعولتهن أحق بردهن في ذلك) وإن من شرط هذا الطلاق تقديم المسيس له واتفقوا على أنها تكون بالقول والشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب ❦ وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقضيها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على التدب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهوؤلاء اتفقوا قمعين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما ابو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فقياس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابي حنيفة فان اباحنيفة يرى ان الرجعة محالة بالوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان المالك لم يتفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا بأس ان تزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتشفو وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف والا زاعى وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تسلم

بدخوله بقول او حر كة من نتحنج او خفق نمل * واختلقوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلبة رجعية وهو غائب ثم راجعها فيلتمها الطلاق ولا يلبثها الرجعة فتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها او لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اتبعه في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ واما الشافعي والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني او لم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروي عن علي وهو الا بين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته او ان يرجع عليها بما كان اصدقها وصحة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم راجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتتكرج زوجها غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن زوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وصحة الفريق الاول ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة دليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني قاسداً فان نكاح التيمم لا تأثير له في ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيم امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع سيعاً من رجلين فهو للاول منهما .

❦ الباب الثاني ❦

والطلاق البائن أما بحدون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي المختلة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح اعني في اشتراط الصداق والولي والرضا الا انه لا يعتبر فيه اقبض العدة عند الجمهور وشذوقم فقالوا المختلة لا يزوجه زوجها في العدة ولا غيره وهو لا كانهم رأوا منع النكاح في العدة عيادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجه الاول الا بعد الوطء لحديث رقاعة بن سحوال انه طلق امرأته نعمة بنت وهب في عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثلاثا فسكت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها
فأارقها فأراد فاعز زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتهاه
عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق السيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع
الى زوجها الاول بنفس العقد لمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق
على العقد وكلهم قال اتقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بازال
وجهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد وفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن
الزوجين ويوجب الصداق هو اتقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا
الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حيض أو اعتكاف ولا
يحل الذمية عندهما ووطء زوج ذمى لمسلم ولا ووطء من لم يكن بالثأر وخالها فى ذلك كله
الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير
مباح وكذلك ووطء المراهق عندهم يحل ويحل ووطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون
عندهم والخصى الذى يبقى له ما يبيعه فى التخرج * والخلاف فى هذا كله آيل الى هل يتناول
اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل
أعنى اذا تزوجها على شرط أن يحلها زوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد فيفسخ قبل
الدخول وبعدة والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما
يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال
داود وجعاعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل
أى ليس يحلها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى
عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة
ابن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لمن الله المحلل والمحلل له فلمنه اياه كاعتنه أكل الربا وشارب
الخمر وذلك يدل على التهمى والتهمى يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لا ينطلق
على النكاح المنهى عنه . وأما الثوري والآخرون فتعلق بمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره)
وهذا نكاح وقالوا ليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح
كما انه ليس التهمى عن الصلاة فى الدار المنصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة
ملك البقعة والاذن من مالكم فى ذلك قالوا واذا لم يدل التهمى على فساد عقد النكاح فاحرى
أن لا يدل على بطلان التحليل وإعلم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصد المالك

لتصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها * واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فن رأى ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

﴿الجملة الرابعة﴾ وهذه الجملة فيها بيان ، الاول في العدة ، الثاني في المتعة .

﴿الباب الاول﴾

والنظر في هذا الباب في فصلين ، الفصل الاول في عدة الزوجات ، الفصل الثاني في عدة ملك النجسين .

﴿الفصل الاول﴾

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين ، أحدهما في معرفة العدة ، والثاني في معرفة أحكام العدة ﴿النوع الاول﴾ وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فالكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما صغار وإما نساء وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتھن في الحيض وإما مرتعات الحيض وإما مستحاضات والمرتعات الحيض في سن الحيض إما مراتب بالحمل أي بحس في البطن وإما غير مراتب وغير المرتبات إما ممروقات بسبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض وإما غير ممروقات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوح عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بالشهين ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائئ ينسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية في الاقراء هي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه وعن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقها لا مصارفك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو نوري وجماعة وأما من الصحابة فابن عمرو زيد بن ثابت وعائشة ومن قال ان

الاقراء هي الحيض أمان من فقاء الامصار قابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى
وجاعة وأمان الصحابة قليل وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري وحكى
الاثرم عن أحمد انه قال الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي
الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي انه قول إحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها
الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن
مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت
الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للزوج ومن رأى انها
الحيض لم تحل عنده حتى تنتفي الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القراء فانه
يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقدرام كلا الفريقين ان يدل على
ان اسم القراء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع
خاص بالقراء الذي هو الطهر وذلك ان القراء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قراء
وحكو ذلك عن ابن الانباري وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان
القراء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيادون
العشرة قالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القراء مشتق من قرئت الماء في الخوض
أى جمعت فزمان اجتاع الدم هو زمان الطهر فهذا أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر
الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا إن قوله تعالى (ثلاثة قراء)
ظاهر في تمام كل قراء منها لانه ليس ينطلق اسم القراء على بعضه الانحيزاً واذا وصفت الاقراء
بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قراء لانها عندهم تمتد بالطهر الذي
ينطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة لانحيزاً
واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قراء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لان
الاجماع من تقدم على انها انطلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين
احتجاجات متساوية من جهة لفظ القراء الذي رضيه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان
الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار
حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره ظهرا اجما حتى تحيض ثم تظهر ثم تحيض
ثم تظهر ثم يظنها ان شاء قبل أن يسها فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم

على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن ان يأول قوله فتلك العدة أي فتلك مدة استقبال العدة لثلاثا ببعض القرء بالطلاق في الحيض واقرى ما تمسك به القرء في الثاني ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارمع الحيض عنها بالا يوم فالحيض هو سبب العدة بالا قرء فوجب ان تكون الا قرء هي الحيض واحتج من قال الا قرء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو الثقل من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعني المشروط هي الاطهار التي بين الحيضين ولكلا القرءين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وسجتم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هي الاطهار انها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعي وقيل حين تنفسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء الثوري واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض . واما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبه حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها وزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة اشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تياس منها في المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالاشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن

الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تنحيز الحامل واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القراء ثم تنتظر القراء الثاني او السنة الى ان تمضي لها ثلاثة اقراء. واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللاني ينسن من الحيض من نسائك) ان اربتم فعدتهن ثلاثة أشهر (والتي هي من من اهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأي فيه عرو حرج ولوقيل انها تعد بثلاثة أشهر لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التي لا تقطع بانقطاع حيضتها وكان قولها ان اربتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان ما الكلام يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة ههنا من تقطع على انها ليست من اهل الحيض وهذا لا يكون الامن قبل السن ولذلك جعل قولها ان اربتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككن في حكمهن ثم قال في التي تبقى تسعة لانحيض وهي في سن من نحيض انها تعد بالاشهر واما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما ينس منه بالقطع فقط بقوا بتأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فسولوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعد الى انقطع دمها عن العادة وهي في سن من نحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس هي عدهم من اهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور. واما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان. واما التي اربتم فعدتهن لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المربضة مثل التي ترفع حيضتها الغير سبب واما المستحاضة فعدتها عند مالك ستة اذ لم يميز بين الدمين فان مرزت بين الدمين فتمت روايتان احدهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التميز فتعد بالاقراء وقال أبو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فتعد بثلاثة أشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر الثاني من الحيضة ويكون الاصفر من ايام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد ايام حيضتها في سحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التي لا تنحيز وهي من اهل الحيض والثافمي انما ذهب في العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياساً

على الصلاة بقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: اتركي الصلاة أيلم اقرائك فإذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التميز من اعتباره لقوله صلى الله عليه وسلم لعاطمة بنت حيش : اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه أبوداود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة اعني التي تجد حساً في بطنها فظن به انه حمل فانما تكث أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان اقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعني المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضمن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن يتسعين أيضاً تلك الاقسام بعينها أعني حيضاً ويائسات ومستحاضات ومرثعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتي يأتين حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيض كالحررة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتقد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعني كونه متصفاً مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تبعض . وأما الامة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فان ما لكأوا أكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحررة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان ما لكأوا اضطرب قوله فترة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحررة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة وانما عا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امراته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتا قيل أن يسما هل تستأنف عدة أم لا فتال جمهور فقهاء الا ميار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعي اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعي أظهر

وكذلك عند مالك رجعة المصير بالنفقة تحق محبتها عنده على الاطلاق فان اتفق صحت الرجعة وهدمت المدة ان كان طلاقا وان لم يتفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في المدة فعن مالك في ذلك رايان، احدهما انداخر العدتين، والاخرى فيه فوجها الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون المدة عبادة فوجب أن تتمدد بتمدد الوطء الذي له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الوجهين مما « وسبب الخلاف هل المدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فن قال من أحكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كالواعتقت وهي زوجه ثم طلقت. وأما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك ان الرجعي فيه شبه من احكام المصمة ولذلك وقع فيه الميراث باطلاق اذامات وهي في عدة من طلاق رجعي وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر في المدة

❦ القسم الثاني ❦

وأما النظر في أحكام تعدد فاتهم انهم اختلفوا على أن للمعدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعات (أسكنوهن من حيث سكنن من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنقوا عليهن حتى يوضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبي نوري واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجماعة « وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فاتهم احتجوا بما روى من أن مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة

وأمرها أن تمتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومته في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تمتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعدوم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحينما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يزيد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الأولى في هذه المسئلة أما أن يقال إن لها الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة وأما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور. وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمفسر وجه عمره ضعف دليله وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الأمة فسموا إذا اعتقت واختلقت أو فافها في القسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجهما الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتر بصن أربعة أشهر وعشراً) واختلقت في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأت بها حيضتها في الأربعين الأشهر وعشر ما إذا حكمها فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فإن لم تحض فهي عنده مسترابة ففكك مدة الحمل وقيل عنها فلا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك إذا كانت عادت في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا إما غير موجود أعني من تكون عادت أن تحيض من أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر وأما نادر واختلف عنه فحين هذه حالها من النساء إذا وجدت قبيل تنظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء المصنوع أبي حنيفة والشافعي وأثوري.

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء المصنوع عدها أن تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وإن كانت الآية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة أن سبيعة

الاسامية ولدت بعد وفاته وجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حلت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء المدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الامة المتوفى عنها من نحل لهقاتها لا تخلو ان تكون زوجة او ملك يمين أو أم ولد أو غيرهم ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على عدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندم عدة الطلاق مصبراً الى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعد ثلاث حيض فلم يبق الاستبراء رخصاً وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعد عدة الوفاة ولا بامة فتعد عدة أمة فوجب أن تستبرأ رخصاً بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا عليتنا سنة نيتنا عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها أربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذه . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيهاً بالزوجة الامة فبسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شهبها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شهبها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة .

﴿ الباب الثاني في المتمة ﴾

والجمهور على أن المتمة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداق مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التي سمي لها وطلعت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقوهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدوهن فتمسوهن سرا حميلا) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وإن طلقوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان يجب لها المتعة وهذا لعمري تخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (وتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلعت قبل الدخول . وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المتعلقة لا متعة لها لكنهما معطية من يدها كالحال في التي طلعت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطي . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على التنب لبقوله تعالى في آخر الآية (حقا على المحسنين) أي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والا احسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

﴿ باب في بئث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بئث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعنى الحق من المبطل لقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمان من أهله وحكام من أهلها) الآية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، أحدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد في اهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج او لا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في التفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب انه قال في الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من بوكله الزوج واختلف أصحاب مالك في الحكمين

يطلقان ثلاثاً قال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً ان طلقاها ثلاثاً والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بعارضين في حديث علي هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن يجعلا محمداً وان رأيكما أن تفرقا فبقا قالت المرأة رضيبت بكتاب الله وبما فيه لي وعلي قال الرجل اما الفرقة فلا قال علي لا والله لا تنقلب حتى تمر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم نسلماً ﴾

﴿ كتاب الإيلاء ﴾

٥٠٠

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم) بص أر بعة أشهر (والإيلاء هو أن يخلف الرجل أن لا يطلق وجهه أمامه من أكثر من أر بعة أشهر أو أر بعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الامصار في الإيلاء في مواضع فنها هل تطلق المرأة قضاء الار بعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان توقف بعد الار بعة الأشهر فاماؤه واما تطلق ومنها هل الإيلاء يكون بكل عين أم بالايان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير عين هل يكون مولى أم لا ومنها هل المولى هو الذي قيد بيمينه بعة من أر بعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد بيمينه بعة أصلاً ومنها هل طلاق الإيلاء بأن أزوجي ومنها ان ابى الطلاق والقيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الإيلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطلقها في العدة أم لا ومنها هل إيلاء العبد حكمه ان يكون مثل إيلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضائها عدة الإيلاء فزمتها عدة أم لا فذهب في مسائل الخلاف المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الامصار التي تنزل من هذا الباب مغزلة الاصول ونحن نذكر خلافتهم في مسألة مسئلة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدنا .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعه الاشهر عسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف قاماؤه واما طلق فان مالكا والشافعي وأحمد وأبانور ودادود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعه الاشهر قاماؤه واما طلق وهو قول علي وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه وأثوري وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعه الاشهر الا أن بني عفيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف حل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاء وقبل انقضاء الاربعه الاشهر أو بعدها فن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع علم) ان لا يني معنى تنقضي المدة فن فهم من اشتراط النية اشتراطها بعدا قضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع علم) ولما لكية في الآية اربعة أدلة، أحدها انه جعل مدة التربص حتما للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة، الدليل الثاني ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندم ليس يتبع من فعله الانحوزاً أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الانحوزاً وليس يصار الى الجواز عن الظاهر الا بدليل، الدليل الثالث قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فان الله سميع علم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة. الرابع ان قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفية بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة. وأما أبو حنيفة فانه اعقد في ذلك تشبيه هذه المدة بالمدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي وشبهوا المدة بالمدة وهو شبه قوى وقدر وى ذلك عن ابن عباس.

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل عين وقال الشافعي لا يقع الا بالايان المباحة في الشرع وى اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعقد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعه اشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكسارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التي يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة ﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير عمن فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير عمن ومالك يلزمه ذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم

يحلف على ذلك فالجمهور اعقدوا الظاهر ومالك اعقد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شدد ذلك الاعتقاد بين او بين عيين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما اختلافهم في مدة الایلاء فان ما لكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الایلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان النفي عنده انما هو بعد الاربعه أشهر وأما ابو حنيفة فان مدة الایلاء عنده هي الاربعه أشهر فقط اذ كان النفي عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من أربعة أشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعه أشهر من وقت العيمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأييد والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلافهم في وقت النفي وفي صفة العيمين ومدته هو كون الآية عامّة في هذه المعاني أو مجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسيا في بعد. وأما ماسوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي اركان الایلاء اعني معرفة نوع العيمين ووقت النفي والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق اواقع فيه.

﴿المسئلة الخامسة﴾ فاما الطلاق الذي يقع بالایلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابونو رهو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالایلاء للاصل المعروف في الطلاق فن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن .

﴿المسئلة السادسة﴾ وأما هل يطلق القاضي اذا أبى النفي أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان ما لكا قال يطلق القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخلى من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظير الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأتى ذلك .

﴿المسئلة السابعة﴾ وأما هل يتكرر الایلاء اذا طلقها ثم راجعها فان ما لكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الایلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعي والباين وقال ابو حنيفة الطلاق البائن يسقط الایلاء وهو احدى قولى الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة

العلماء على ان الایلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة اظهر شرط الایلاء وذلك انه لا ایلاء في الشرع الا حيث يكون عين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازائه بحكم الایلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الایلاء بغير عين اذا وجد معنى الایلاء

﴿المسئلة الثامنة﴾ واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الاربعه اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تمت كائنا المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فنلاحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

﴿المسئلة التاسعة﴾ وأما إيلاء العبد فان مالكا قال إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعي وأهل الظاهر إيلاءه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكاً بالعموم والظاهر ان تعليق الایمان بالحر والعبد سواء والایلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الایلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالمدة فان كانت المرأة حرة كان الایلاء إيلاءاً بالحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الایلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان اتم احشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الایلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأقرب للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الایلاء الا اذا كان الزوج عبداً أو الزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الایلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الایلاء هل ينتقل الى إيلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من إيلاء العبد الى إيلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فندهان الامة اذا اعتقت وقد أدى زوجها منها انتقلت الى إيلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجمع مثلها لا إيلاء عليها فان وقع وتمادي حسب الاربعه الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع وقال أيضاً لا إيلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

﴿المسئلة العاشرة﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها في العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعني بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بنير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعه الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان رجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر بحسب ما يساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أو جوب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال بيبقى على الاصل .

﴿كتاب الظهار﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر برقبته) الآية . وأما السنة فحدث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أو يس بن الصامت فبثت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فاخرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الايات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجحد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بقرق من تمر قالت وأنا اعينه بقرق آخر قال لقد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينا أخرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألقاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرار النكاح . ومنها هل الايلاء عليه . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجه أنت على كظهر احمى انهظهار واختلقوا اذا ذكر
عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقال مالك
هوظهار وقال جماعة من العلماء لا يكونظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون
بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى
التحريم تستوى فيه الام وغيرهامن المحرمات والظهر وغيرمن الاعضاء . وأما الظاهر من
الشرع فانه يقتضى ان لا يسمىظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هى على
كأى وبذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوى في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها
وعظم منزلتها عنده وقال مالك هوظهار . وأما من شبه زوجته باجنبية لا تحرم عليه على التأييد
فانهظهار عند مالك وعبد ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيهه ازوجة
بمحرمه غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثانى ﴾

• وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون المودود وشذ مجاهد
وطاوس فقالا لا تجب دون المودود دليل الجمهور قوله تعالى « والذين بظاهرون من ناسهم ثم
يعودون لما قالوا فتحرى رقة » وهونص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالمودود وأيضاف
طريق القياس فان الظاهر يشبه الكفارة فى الميم فكأن الكفارة أعما تلزم بالمخالفة أو
بارادة المخالفة كذلك الامر فى الظاهر وحجة مجاهد وطاوس انه معنى بوجبال كفارة العليا
فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والعطو وأيضاً فانهم قالوا انه
كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى « ثم يعودون لما
قالوا » والمودعندهم هو المود فى الاسلام . فأما القاتلون باشرط المود فى ايجاب الكفارة
فانهم اختلفوا فيه ما هو من مالك فى ذلك ثلاث روايات ، إحداها ان المود هو ان يعزم على
امساكها والوطء مما ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهى الرواية الصحيحة المشهورة
عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان المود هو نفس الوطء وهى أضعف

الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد وزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكر لفظ الظاهر ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدلل الرواية المشهورة لما لك تبني على أصليين ، أحدهما ان المفهوم من الظاهر هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بآراء العود الى ما حرم على نفسه بالظاهر وهو الوطء . وإذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العود هي . إما الوطء نفسه . وإما العزم عليه وادائه والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء اقله تعالى في الآية « فتحرير رقبة من قبل ان يماسا » ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظاهر نفسه يحرم الامساك فكان الظاهر يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخرج ان يكون تكرار اللفظ على ما رآه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء . ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيدي والتأكيدي لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء . وان كان ارادة الامساك للوطء فقد اراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء . ومعقد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء وجعلوا حكمهما واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظاهر ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العود هو ارادة الامرين جميعاً أعنى الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعقد فيها تشبيه الظاهر باليمين أي كأن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر بهما وهو قريب من شبهه عارضه النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تهدم من ظاهرها في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الآية « ثم يعودون فيها قالوا » وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فن اعقد المفهوم جعل العود ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » بمعنى في . وأما من اعقد الظاهر فانه جعل العود

تكريراً للفظ . وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحدهذين فالاشبه له ان يعتد ان بنفس الظهار نجس الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقدري الآية مخذوقاً وهو ارادة الامساك فهذا اذا تلاثة مذاهب . إما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، وإما ان تكون ارادة الامساك ، وإما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذا ان يتقمان قمين أعني الاول والثالث ، أحدهما ان يقدري الآية مخذوقاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . وإما الا يقدر فيهما مخذوقاً فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أومات عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكي عن غيان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميثاتها الا بعد الكفارة وهذا شاذ ومخالف للنص والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وانفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة : ظهار منها لا زام كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الاوزاعي ان كان بيطاً أمته فهو منها مظاهر وان لم يبطاً فهي عمة وفيها كفارة عمة وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والامة من النساء وحجة من لم يحمله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم » تر بص أربعة أشهر « هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الامة في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجه من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزوج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتر وجهاً فهي مكي كظها مكي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في

الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور ودادود وفرق قوم فقالوا أن أطلق لم يلزمهظهار وهو أن يقول كل امرأة أتزوجها فمضى كظهاري فإن قيد لزمه وهو أن يقول أن تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الأول قوله تعالى أو فوا بالعتود ولأنه عقد على شرط الملك فشبّه هذا ملك والمؤمنون عند شرطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمر وبن شبيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك ولا بيع إلا فيما يملك ولا وفاء بنذر إلا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبهه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فاتهم رأوا أن انعمهم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلقوا أيضاً من هذا الباب في هل يظاهر المرأة من الرجل فن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أشهرها أنه لا يكون منهاظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني أن عليها كفارة تبين ، وانتال أن عليها كفارة الظهار ومعمد الجمهور تشبيهه الظهار بالطلاق ومن أزم المرأة الظهار فتشبهها للظهار بالتعيين ومن فرق فلانه رأى أن أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة تبين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء واختلقوا في أدونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر إلى لذة فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فبادون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفها وبهها من سائر بدنها ومحاسنها وبدل أبو حنيفة إلا أنه أنكره النظر للفرج فقط وقال الشافعي أنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط الجماع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل أن يتماسا » وظاهر لفظ الخماس يقتضي المباشرة فافوقها ولأنه أيضاً لفظ حرمت عليه به فاشبهه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها إما أن تدل على ما فوق الجماع . وإما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فنسقت الدلالة المجازية إذ لا بد لفظ واحد دلالتين

حقيقة وعجاًزاً قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعدان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعني الحقيقة والحجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان الشرع فيه تصرفاً لحجاز وأيضاً فان الظاهر مشبه عندهم بالإيلاء فوجب ان يختص عندهم بالفرج .

* (الفصل الخامس) *

• وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعني اذا أطلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يشكر ر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في المدة أو بعد ما فعله الكفارة قال الشافعي ان راجعها في المدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير المدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يخلف بالطلاق ثم يطلق ثم راجع هل تنبئ تلك التيمين عليه أم لا * وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أولاً يهدمها فتنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهر يقمن يرى انه كله هادم .

* (الفصل السادس) *

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتدخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء وسواء كان عندهم مضراً أو لم يكن وبه قال الاوزاعي وأحمد وجماعة وقال مالك يدخل الإيلاء على الظهار بشرط ان يكون مضراً أو قال الثوري يدخل الإيلاء على الظهار وتبين منه باقتضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة فقيه ثلاثة أقوال ، قول انه يدخل باطلاق ، وقول انه لا يدخل باطلاق ، وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فن اعتبر الظاهر قال لا يتدخلان ومن اعتبر المعنى قال يتدخلان اذا كان القصد الضرر .

* (الفصل السابع) *

والنظر في كفارة الظهار في أشياء . منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فاما أنواعها فاتهم أجمعوا على انها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق أولاً فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا في الحر واختلّفوا في العبد هل يكفر بالعتق أولاً الاطعام بعد اتّفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعني اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده أبو ثور وداد وأبى ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يحز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولاً يملك * وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطئه في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال . وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة النكاح والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أعني أن تكون قبل الميسس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة النكاح قال لا يستأنف لان الكفارة في النكاح ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يحز في ذلك رقبة الكافر ولا يحزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل القرقي الاول انه اعتاق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق في كفارة القتل ورر بما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يميزونه وذلك أن الاسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا نعم ان كانت سليمة في أي العيوب تشترط سالمة فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثير في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاصاحي والهدايا لكون القرية تجمعها وحجة القرقي الثاني اطلاق اللفظ

في الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لنسب الشبه والذين قالوا ان العيوب تأثير في منع
الاجزاء اختلفوا في عيب عيب ما يعتري في الاجزاء أو عدمه أما المعنى وقطع الدين أو الرجلين
فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز اقطع اليد الواحدة
أجاره أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعمش فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك
يجزى . وأما الأقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعي يجزى . وأما الأصم
فاختلف فيه في مذهب مالك قليل يجزى وقيل لا يجزى * وأما الأخرس فلا يجزى عند
مالك وعن الشافعي في ذلك قولان . أما الجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم
لا يعجنى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعي يجزى واعتاق الصغير جائز في قول
عامة فقهاء المصنف وحكى عن بعض المتقدمين منعه والمرج الخفيف في المذهب يجزى . وأما
العين العرج فلا * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرينة وليس له
أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية
كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرر برقة مؤمنة) والتحرر برها ابتداء الاعتاق وإذا
كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض
البرقة ليس برقة . وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئاً من مال ان الكتابة لم تجز وان كان لم
يؤد جاز واختلفوا هل يجزى به عتق مدبر فقال مالك لا يجزى به تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له
حله وقال الشافعي يجزى به ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى .
أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد ان الكتابة والتدبير بدليل انهما قديطر أعليهما
الفسخ أما في الكتابة فن العجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق
الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء
عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه
عن ظهار أجزأ أبو حنيفة شبهه بالبرقة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحد من الرقيتين غير
واجب عليه شرؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية
والشافعية رأيت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزى به
فأبو حنيفة أقام القصد للشرع مقام العتق وهو لا قالوا لا بد أن يكون قاصداً للعتق نفسه
فكلما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم
الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف

مالك والشافعي فيمن اعتق نصي عدين فقال مالك لا يجوز ذلك * وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعقولة. وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يحزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فمن مالك في ذلك روايتان أشهر هما ان ذلك مد بمدهشام لكل واحد وذلك مدان عبد النبي صلى الله عليه وسلم وقديل هو أقل وقديل هو مد وثلاث. وأما الرواية الثانية فمد لكل مسكين عبد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشيع غالباً أعنى العدا والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة. وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فنها اذا اظهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يحزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فتعد مالك انه يحزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فثنتين وان ثلاثاً ثلاثاً وان أكثر فأكثراً في شبهه بالطلاق أو جوب في كل واحدة كفارة ومن شبهه باليلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو باليلاء أشبه ومنها اذا اظهر من امر أنه في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة إلا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظاهر كفارة. وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئثار الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى * والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعدد او كذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر نهياً أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا اظهر من امر أنه ثمسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثرتهم الا معيار مالك والشافعي

وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ودادود والطبري وأبو عبيد الله في ذلك كفارة واحدة والمحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي أنه ظاهر من أمر أنه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بأمر أنه قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً . وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطئاً محرماً وهو مروي عن عمرو بن العاص وقيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء إلا عن العرد ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط محبة الكفارة قبل المسيس فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر محدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه المتى أو الصيام .

(كتاب اللعان)

والقول فيه يشغل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول في أنواع اللعان في الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتتمام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان وأما من الكتاب فتقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآية وأما من السنة فإرواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر المجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدي المجلاني رجل من قومه فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقولونه أم كيف يفعل سألني يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلبس رجوع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أتتني حتى سأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقولونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانامع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ من تلاعنها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

خطبتهما لا تقبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم
 تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضاً من طريق المعنى لما كان القراش موجبا للحقوق النسب كان
 بالناس ضرورة إلى طريق ينغون به إذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان قال اللعان حكم
 ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع إذا خلا في ذلك أعلمه فهذا هو القول في
 اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي اولاً صورتان ، احدهما دعوى الزنا ، والثانية نفي
 الحمل ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة اعني أن يدعى انه مشاهدها نفي كما يشهد
 الشاهد على الزنا وتكون دعوى مظنة وإذا نفي الحمل فلا يخلو أن ينفيه ايضاً شيئاً مطلقاً او
 يزعم انه لم يقر بها بعد استبرأها فهذا رتبة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه
 مثل ان يرميها بالزنا وينفي الحمل او يثبت الحمل ويرمى بالزنا . فاما وجوب اللعان بالتقذف
 بالزنا اذا دعى الرؤبة فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب
 اللعان بمجرد التقذف فالجمهور على جواز الشافعي وابو حنيفة واشوري واحمد وداود وغيرهم .
 واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز للعان عند بمجرد التقذف وقد قال ابن القاسم ايضاً انه يجوز
 وهي ايضاً رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية
 ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في إيجاب حد التقذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث
 الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد أرايت لو ان رجلاً وجد مع امرأته رجلاً وحديث
 ابن عباس وفيه فاجأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لندرايت بعيني
 وسمعت بأذني فذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فزلت (والذين
 يرمون أزواجهم) الآية وايضاً فان الدعوى يجب ان تكون بينة كالشهادة وفي هذا الباب
 فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فمن مالك في ذلك روايتان ،
 احدهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى
 الموجبة اللعان رؤبة الزنا ان تكون في المعصية واختلوا فبين قذف زوجته بدعوى الزنا
 ثم طلقها ثلاثاً لعل يكون بينهما اللعان ام لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة بينهما اللعان
 وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي ولداً أولاً وحد وقال مكحول والحكم وقتادة ومحمد ولا
 يلاعن . واما ان نفي الحمل فانه كما قلنا على وجهين ، أحدهما ان يدعى انه استبرأها ولم يطأها بعد

الاستبراء وهذا ما لا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض
وقال مرة حيضة . واما فيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا
الشافعي واحمد وادود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب
عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفى الحمل مطلقاً من غير قذف واختلقوا من هذا الباب في فرع
وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب
له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم
يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن
قال بقوله الا تار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبي
عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين : قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه
الا قد صدق عليها قالوا وهـ ذابدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة ابي حنيفة ان
الحمل قد ينشئ ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق
بظهور الحمل احكاماً كثيرة كالنفقة والمدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك
وعند ابي حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم
يوقت في ذلك وقتاً ووقت صاحبه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من
وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل انهم قواعل ان له فيه في وقت العصمة
واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها
بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين
وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذ لم يزل منكراً له وقرىب من هذا المعنى قال
الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في المدة فقط وان فاء في غير المدة حد والحق به
الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلاف فهم في ذلك فان
الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة اشهر وما
قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهي
الستة اشهر اعني ان يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ
ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عند رجل
بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فاعت بولد رأس ستة اشهر من وقت المقدانه يلحق
به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانهما اعتد في ذلك عموم قوله عليه

الصلاة والسلام : الولد للفراس وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالمقدفكانه رأى ان هذه عبادة غير معلة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات ، احداها انه يحدو فيحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن و ينسب الولد ، والثالثة انه يلحق به الولد ولا يلاعن ليدرا الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب فيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأييدهم في دفع الفراس .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قولنا لو ايجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدان أو أحدهما حر والأخر عبد محدودين كانا أو عدينا أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا البنا ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عديلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطا ومعهذا الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد ساءم الله شهداء لقوله (فشهادة أديم أربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبها من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب ورمما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة البسدين والكافرين والجهوريين وأنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحد ألا يشهد لنفسه . واما ان الشهادة قد تبصر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المتناقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعا على جواز لعان الاعمي واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فما صفة اللعان فتتارة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيته تزني وإن ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين ثم تشهد في أربع شهادات بتقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالنضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسائه والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

﴿ الفصل الرابع ﴾

فما إذا نكل الزوج فقال الجمهور أنه يحد وقال أبو حنيفة أنه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا ما في الاجنبى والزوجة وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني أنه يحد وما جاء بضامن حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام: ان قتلتي قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتمريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بإخبار إلا إذا قالوا أو أيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحاق الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيها هو العذاب الذي يندرى عنها باليمين وللإشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها إذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور أنها تحد وحدها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وإن لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحمته قوله عليه الصلاة والسلام: لا يلحد دم امرئ مسلم إلا بأحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك

الدم بالنكول حكم رده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء عليها في الشرع على أنها لا تراق الا بالينة العادلة أو بالاقرار ومن الواجب الاخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه في البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا أ كذب نفسه حد والحق به الولدان كان نفي ولد أو اختلقوا له ان راجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما قوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار اهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أ كذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم رداليه امر أنه وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أ كذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك رد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت ففي نجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيبارواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين وقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم يتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التفاطع والتباغض والنهار وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبنية على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل المدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما افرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك

والليث وجماعة انما تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه وقعت
الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم أو به قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي
حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسبا بكما على الله
أحدكما كاذب لا سبيل لك عليهما وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي
ان لعانها انما تدرك به الحد عن شمسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفى النسب فوجب ان
كان للعان تأثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتها جميعاً على أبي حنيفة
أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان
اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما يحد بينهما بحكمه وأمره صلى الله
عليه وسلم بذلك حين قال : لا سبيل لك عليهما فرأى ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان
حكمه شرط في صحة اللعان * فبسبب الخلاف بين من رأى انه يقع بفرقة وبين من لم يرد ذلك
ان هريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو ينفى الحديث المشهور لانه يبادر بنفسه
فطلق قبل ان يجبره بوجوب الفرقة والا صل ان لا فرقة الا بطلاق وانته ليس في الشرع تحريم
يتأبدعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بإيجابها
. وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يعلق
عليه شبه الاحكام التي يشترط في مجتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة
الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك
فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بأن وحجة مالك تأييد التحريم به
فأشبه ذات الحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده
بحكم حاكم .

* (كتاب الاحداد) *

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الاحسن
وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من ازوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تنتع الخادمنه مما
لا تنتع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت
عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عندهم به قال فقهاء الامصار
وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعي
أعني انه لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد

وقال قوم ليس على الامة المزوجة احدا وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فبين عليه احدا من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احدا . وأما اختلافهم من قبل الصدق فان ما لك قال لا احدا الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحدا في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعي فاستحسنه للمطلة ولم يوجب . وأما القائل الثالث وهو ما تمتع الحاد منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالخلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فيمضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة و بعضهم لم يشترطه و بعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقول ويل الفقهاء فيما تجنب الحاد متقاربة وذلك ما يترك الرجال بالجملة الهن وانما صار الجهور لا يجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكح حلما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن زوى بالمرة على رأس الحول وقال أبو محمد فلي هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فسمحت به عارضها ثم قالت والله ما لي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجلى لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشر أفليس فيه حجة لانه استئنا من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الإيجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام لا يجلى لامرأة مؤمنة بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلا نزع من

عدة الوفاة أوجبت شيئين باثنا ، احدهما الاحداد ، والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلهما والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المسكينة فن قبل ترددها بين الحرية والامة . وأما الامة بملاك التمين وأم الولد فاعما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبها على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فن طوي المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تشوف اليها الرجال في العدة ولا تشوف هي اليهم وذلك سد للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كل كتاب الطلاق والحد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(كتاب البيوع)

الكلام في البيوع ينحصر في خمس مجل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحدها وفي معرفة شروط الفساد في معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فتح نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحدها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولا كثرتها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحده من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء ، الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضاً أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة ، الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضاً ، الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاً كثرتها ، الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت ، السادس نذكر فيه نوعان من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلو تخلو أن تكون عيناً بعين أو عيناً بشئ في الذمة أو ذمة واحدة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة . وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضاً . إما ناجز من الطرفين . وإما نسيئة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في المدين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهي عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العتد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يتخلو ان تكون ثمناً بثمن أو ثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمي صرفاً وان كانت ثمناً بثمن سمي بيعاً مطلقاً وكذلك مثنوياً بثمن على الشروط التي قال بعدوان كان عيناً بذمة سمي سلماً وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

﴿الجزء الثاني﴾ واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، أحدها تحريم عين المبيع ، والثاني الزبا ، والثالث الضرر ، والرابع الشروط التي تؤل الى أحد هذين أو لجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالمبيع من جهة ما هو يبيع لا لمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فنفي القس ومنها الضرر ومنها المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففي هذا الجزء أبواب .

﴿الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فلا صل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرم ما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطل بها السفن ويستصبح بها فقال لمن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شرها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ، ضرب انفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر واثمها نجسة الا خلافاً شاذاً في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي قبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي قبل الحياة واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي ندعو

الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعه في المذهب
فقيس بن عمار مطلقا وقيل باجارتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني اباحة الزبل ومنع
العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب القيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب
جعل له ميتة ومن رأى انه قرن مع كوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو يختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور . أما الكلب
فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق
أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن
مالا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وأما كلبه . فأما من أراد له لكل فاختلوا فيه فمن أجاز
أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه
فقيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيطان ، أحدهما ثبت النهي الوارد عن ثمن
الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا
دليلا في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز به فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه
كلا شيئا الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي
كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا
مباح الانتفاع به الا ما استثناء الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت
أحاديث غير مشهورة اقترنت فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أئمان الكلاب المباحة الاتخاذ
 . وأما النهي عن ثمن السنور فثبت ولكن الجهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع *
فبسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت
النجس وما ضارعه بعد اتفاهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب ومن أصحاب مالك وحجة من حرمه
حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله
حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازها انه اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة
وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولا سيما اذا كانت
الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة
والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعني انه ان كان فيها منافع سوى الاكل

فبيعت لهذا جازور وواعن على وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضاً مع تحريم منه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو أئزم للأصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضاً في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين ، أحدهما جواز ذلك ، والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فن رأى نجاسة مجاورة طهره عنده ان غسل والطبخ ومن رأى نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والفصل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الأدمية اذا حلب فالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أيسح شر به فايح بيعه قياساً على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الأصل محرم اذ لم ين آدم محرم والا صل عند من ان اللبن تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والانان * فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الاصول .

* (الباب الثاني في بيع الربا) *

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا والذي عناءه عليه الصلاة والسلام: بقوله في حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، واثنان ضع وتمجمل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسبية وتفاضل الاماروى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: لا ربا الا في النسبة وانما صار جمهو راقتهما الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك ، الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا

يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فتقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت إلا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عيناً بيمين فن زاد أو ازيد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث أشهر ما حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ، والبر بالبر ، بالاهاه وهاء ، والتمر بالتمر ، بالتمر ، بالاهاه وهاء ، والشعير بالشعير ، بالاهاه وهاء ، فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدأييد والبر بالشعير كيف شئتم يدأييد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يتمتع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يتمتع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً أن النساء يتمتع في هذه الستة فقط انقضت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف إلا ما حكى عن ابن عليه أنه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أر يده الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فاتهم اتفقوا على انه من باب الخاص أر يده العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها قالدى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المتقات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاناً ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه اربى في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم

في منع التفاضل في الذهب والفضة فهم الصنف الواحد أيضاً مع كونها رؤساً للأثمان وقيماً للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعه المتصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبته ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطاعم التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطاعم . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعه هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي ما لكافي علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونها رؤساً للأثمان وقيماً للمتلفات هو عندهم علة منع النسبته اذا اختلف الصنف فاذا اختلف منع التفاضل والحنفية تعتبر في المسكيل قدر آتاني فيه الكيل وسبباني أحكام الدنانير والدرهم بما يخصها في كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطابق في هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول ان الذين قصرُوا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم تقوا القياس في الشرع أعني استنباط العلل من الانفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم تقوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فاعماله بعبارة قياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن ابي جشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حياة الاموال يريد منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلائي فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعه . لانه زعم انه في معنى التروكل لكل واحد من هؤلاء أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعه أما الشافعية فاتهم قالوا في تثبيت علة الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فلما علق الحكم بالاسم

المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا وإذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سميد بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل فن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم. وأما المال كية فأنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على مافي الموطأ وإما صفتين وهو الادخار والاحتيايات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلماذا ذكر منها عدداً علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافي معناه وهي كلها مجتمعة الاحتيايات والادخار أما البر والشعر فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضاً فأنهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يعين بعض الناس بعضاً وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات وأما الخففة فمقدّمهم في اعتبار المكيل والوزن أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل بائفاق الصنف واتفق القدر وعلق التحريم بائفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخير من حديث أبي سميد وغيره الا كيلاً بكيلاً يدأبدرأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وروى الاحتجاء باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها أنهم روى في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ووزن وفي بعضها وكذلك المكيل والميزان هذانص لوصح الأحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم أن علمنا أولي العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات إنما هو بمقاربة التساوي ولذلك لما عسر ادراك التساوي في الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقريبهما أعنى تقديرهما ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشئتين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الفرس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلاً الذي يساوي هذا القدر عددها وعترة

أثواب فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في المدد واجب في المعاملة العادلة أعني أن يكون عدل في فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عندهم منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذا تاماً هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء واجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء أعني المكيلة والموزونة علاناً ، إحداهما وجود العدل فيها . والثاني منع المعاملة إذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيها هوقوت أهم منه فيا ليس هوقوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجتناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلاً كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة في هذه لأنه عنده من باب السلف الذي يجر منقعة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الامران جميعاً أعني التفاضل والنساء فلم يكن روياً عند الشافعي . وأما عند مالك فلم يكن رويلاً كان صنفاً واحداً متماثلاً أو صنفاً واحداً باطلاً على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير

الربويات اتفاق النافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عند مؤثر الأبي الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلاً فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فأما الأشياء التي لا يجوز فيها النسبة فانهما قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبة . وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانهما صنفان اما واما غير مطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها علة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده ، فيما اتفقت منافع مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الآن تكون احداً محلو به والاخرى أكلة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً أو قيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالاعتبار عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجز شاة بشاتين نسبة وقد أورد ذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنيفة فاحتجبت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الأثراد في النسبة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة وذلك انه لا قاعدة في ذلك الآن يكون من باب سلف يحرمهما وهو يحرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبة اختلف الجنس واتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث

سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسبة انفق الجنس أو اختلف وكان مالكاذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لك مارواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحيوان اثنان بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يدأيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدأبعدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة واختلافها لا يجوز بيعه بنساء هل من شرطه التقاض في المجلس قبل الافتراق في سائر الرويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تبيعوا منها غائباً بآجوز في شرط فيها التقاض في المجلس شبيها بالصرى ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفريق ليس شرطاً في البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الرويات على الاصل .

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً فن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب والثاني قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم: لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الامثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فإن في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالقضبة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدأيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلاتهما شيئان اختلفت اسمائهما ومنافهما فوجب أن يكونا صنفين أصله القضية والذهب وسائر الاشياء المختلفة في الاسم والمنفعة وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتقدوا في ذلك أيضاً السماع

والقياس أما السباع فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام مثلاً بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعر وهذا ضعيف فان هذا عام يفسد الاحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثير آمن اتفاقهما في المنافع والمنفعة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والملت عند مالك والشعر صنف واحد وأما القطنية فانها عند صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احدهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف * وسبب الخلاف تمارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجاورس عند صنف واحد

﴿مسئلة﴾ واختلقوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فالحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والاخر ان جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يميز لحم البقر متفاضلاً ومالك لا يميزه والشافعي لا يميز بيع لحم الطير بلحم القنم متفاضلاً ومالك يميزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام: الطعام بالطعام مثلاً بمثل ولاها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولاً واحداً وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحماً مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعر وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

﴿مسئلة﴾ واختلقوا من هذا الباب في بيع الحيوان باليت على ثلاثة أقوال ، قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي واليت ، وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المنفعة أعني الربو لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى انه لا يميز الحلي بالحلي اذا كان المقصود الاكل من أحدهما في

عند من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عند من جهة الزبالة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة، وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لم رسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحمق فمن لم يتقدح عنده معارضة هذا الحديث لا يصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين، إما ان يقلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه، أو يردل مكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك ردها الى أصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالزبالة وهي داخلية في الربا بجهة وفي الفرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والفرر وفي غير الربويات من جهة الفرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

﴿مسئلة﴾ ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فلا شهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اخلافا من قوله وانما راية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والمدد فيما يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة فلا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرت الصنعة تغيرا جهلت به مقاديرها نتي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فلا شهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما الجين بالجين فجائز عندهم مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا . تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله واختلفوا في امكان المماثلة فهما فكان مالك يميز اعتبار المماثلة في الخبز والحم بالتقدير والحز فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والاخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها

ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من ان يكونا جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الا تفصال فالحم المشوى والطبوح عنده من جنس واحد والخنطة المقولة عنده وغير المقولة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المتن وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الا حاق في شئ شئ من الاجناس التي يقع بها التعامل ويميزها من التي لا توجب ذلك أعنى في الحيوان والمرض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاب فيها عجوبات مختلفة فاذا جاءه من بعده أحد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تدبّر ذلك من كتبهم فمذهبه هي أمهات هذا الباب .

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بحنسه من الياس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيتقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهي عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال المقدل حال المأكّل فن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشافعي عن قول الطحاوي خولف فيه عبد الله بن وهب بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو محمول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياساً به على تحليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب يبايس من نوعه حرام بمعنى منع المماثلة كالعجين بال دقيق والحم اليايس بالرطب وهو أحد قسمي الزبائنة عند مالك المنهى عنها عند المروية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والزبائنة عند أبي حنيفة المنهى

عنها هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رؤوس التخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافى هذه العلة في الشئين الرطبين فلم يحز بيع الرطب بالرطب ولا المعين بالمعين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردي في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد ووسط في الجودة بصنفين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والاخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والاخر أدون منه فان مالكا يردها لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مدين من الطيب فجعل معه الردي ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك وواقفه الشافى في هذا ولكن التجرىم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى تمكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردي عن الوسط والافليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أودنا نير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يجمل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فلا ولمثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر ونوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافى والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لما كان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورا ومثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل ونوب فقد يجب ان تكون قيمة النوب تساوى الكيل والواقع التفاضل ضروري . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا السد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيع الذرائع الربوية ﴾

وهنا شئ يمرض للمتايعين اذا أقال أحدهما الاخر بزيادة أو نقصان وللمتايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير

قصدي ذلك تباع بوي مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير قد اتم بشتريها منه بعشرين الى اجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى اجل وهذا هو الذي يعرف ببيع الاجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسألة من يبيع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفرع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

﴿مسألة﴾ لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلاً الى اجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً قدراً أو الى اجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلها الزيادة والتقصان هي بيع مستأنف ولا حرج في أن يبيع الانسان التي بمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له بالعشرة مثاقيل التي زادها قدراً أو الى اجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل والعشرة مثاقيل قدراً أو الى اجل . واما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى اجل أبعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فتم اخطوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز . وجه ما كرهه من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضاً يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذي يجب عليه في قبضها من نفسه لنفسه . واما الشافعي فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز . واما ان كان البيع الاول قدراً فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع بذهب بذهب نسبة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذي يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه توصلا الى ما أظهر من البيع من غير ان تكون له حقيقة . واما البيوع التي يعرفونها ببيع الاجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بشئ الى اجل ثم يشتريه بشئ آخر الى اجل آخر أو قدراً أو هناسع مسائل اذا لم تكن هنالك زيادة عرض اختلف منها في مستلطين واتفق في الباقي وذلك انه من باع شيئاً الى اجل ثم اشتراه . فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن

يشتره بمنثل الثمن الذي باعه منه . وإما بقل . وإما بأكثر مختلف من ذلك في اثنين وهو ان يشترها قبل الاجل قدأ بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فند مالك وجهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز فنمنعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول قاتمه ان يكون انما قصد دفع دنائير في أكثر منها الى أجل وهو الرأى المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصل بها الى الحرام مثل ان يقول قاتل لا تخزأساقني عشرة دنائير الى شهر واردا لك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن ابيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة قدأ . وأما في الوجوه الباقية فليس يتم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن المحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يأثم المؤمن ان يبتع من زيد بعدد إلى العطاء بنائمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بسبائة فقالت عائشة بنها شريت ويسما اشتريت أبلني زيدا انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرايت ان تركت وأخذت السبائة دينار قالت نعم (فن جاءه موعدة من ربه فأنهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيد قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالبيع قص عند المشتري الاول فان الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر ان يشتره قدأ بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى أنظرنى أزدك أو الى بيع ما لا يجوز متفاضلاً أو بيع ما لا يجوز نساء أو الى بيع وسلف أو الى ذهب وعرض يذهب أو الى ضع وتعجل أو بيع الطعام قبل ان يستوفى أو بيع وصرف فان هذه هي أصولها وبمن هذا الباب اختلافهم فممن باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فتمه مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازة الشافعي والثوري والازاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجاز لم يرد ذلك فيه اعتباراً بترك القصدي ذلك ومن ذلك اختلافهم فممن اشتري طعاماً بمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشتري طعاماً بمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من

المشتري هسه ومنع من ذلك مالك وراه من الذر يعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذي كان ترب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصوره الذر يعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فنقول له فبيع طعاما مني وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو عن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كإفاننا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطوا ذكره بالاستئتمان وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها أو أنظر لك بها حولا أو شهر أن لا يجوز لوقال له أسلفني دراهم وأمهلى بها حولا أو شهرا جاز فليس بينهما الاختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظر في أزديك والتفاضل والنساء وضع وتمجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه بطلان من هذا الباب اذا فاعل ذلك يدفع دنانير و يأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغي ان تذكرها هنا هذين الاصلين أما وضع وتمجل وأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من قتهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من قتهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك وجهاور من ينكره وضع وتمجل ان يتجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يحز وضع وتمجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها ووجه شبهها انها جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنالك حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازها ما روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا بني الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحمل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء يجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتي وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعة حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة في ثلاث مواضع ، أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ،

والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط ، والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام ميكلا وجزا فاقه ثلاثة فصول .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في اجازته . وأما الطعام الر بوى فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه . وأما غير الر بوى من الطعام فمنه في ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهم اشترطوا مع الطم الكيل والوزن والر واية الاخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والمغار . وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شئ لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزن وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود فيحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول الطعام الر بوى فقط ، والثاني في الطعام باطلاق ، الثالث في الطعام المكيل والموزن ، الرابع في كل شئ ينتقل ، الخامس في كل شئ ، السادس في المكيل والموزن ، السابع في المكيل والموزن والمحدود * أما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فدلل الخطاب في الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا يجل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع مالم يس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله انى أشتري يوعا فاجل لي منها وما يحرم فقال يا ابن أخي اذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى قبضه قال أبو عمرو وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصة لا أعرف لهما جرحاً إلا أنهم مرو عنهما الرجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بجرح وإنما جرحه جماعة من الحديث ومن طريق المعنى ان يبيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينتقل لان ما ينتقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تهاقم ان المكيل والموزن لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين، قسم يكون بمعاوضة، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام، أحدها يختص بقصد المعاينة والمكايسة وهي البيوع والأجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره، والقسم الثاني لا يختص بقصد المعاينة وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المعاينة وعلى قصد الرفق كالشركة والأقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام. أما ما كان يماً وبوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحداً من العلماء. وأما ما كان خالصاً للرفق أعني القرض فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بم عوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض. وأما المقود الذي تردد بين قصد الرفق والمعاينة وهي التولية والشركة والأقالة فإذا وقعت على وجهه الرفق من غير أن تكون الأقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبسده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ونحو الأقالة عندهما لا قبل القبض فسخ بيع لا يبيع فمعدة من اشتراط القبض في جميع المعامضات أنها في معنى البيع المنهي عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والأقالة والشركة للآثر والمعنى. أما الآثر فإرساله من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو أقالة. وأما من طريق المعنى فإن هذه أعمارها الرفق لا المعاينة إذا لم تدخلها بزيادة فنصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لأن العوض في ذلك ليس بيناً إذ لم يكن عينا.

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزأفاً فإن مالكا رخص فيه وأجاز به وقال الأوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهم ما عموماً الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجج له ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزأفاً فبعث النبي

يأمر بابتاعه من المكان الذي ابتاعه فيه الى مكان سواه قبل أن يبيعه قال ابن عمرو ان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رويته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد بدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينه عندهم من يرى قلبه من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع العهر وصورة التذرع منه الى الربا انتهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفاً فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يبيعها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمدهو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريباً عما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرصاً فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرناها غير جائزة في المذهب أعني اذا اتارا على الثمن الذي يأخذه السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجهز أن يأخذ الرجل من غيره في دين له عليه ثم أقدم اصطلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراها من باب الدين بالدين وكان أشهب يجهز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذه منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازهم مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المتبايع كل يوم وزناً معلوماً قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يتبايع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشي عليه الفساد من القوا كذا اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فيه هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وعن علم .

(الباب الثالث)

وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه العهر والفرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إمامة من جهة الجهل بتعيين العقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل

بوصف الثمن والمثمن المبيع أو بقدره أو بأجله ان كان هناك أجل وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذراً القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإما من جهة الجهل بسلامته أعني بقائه وهما يبيعون جميعاً أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الفرر يبيعون منطوق بها أو يبيعون مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسماؤها والمسكوت عنه يختلف فيه ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد القروع الى الاصول . فاما المنطوق به في الشرع . فانه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبلية . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى ترعى وعن بيع الملامسة والمنا بذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا ينشره أو يتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا يجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنا بذة فكان أن يئذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بذيل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فبولي وقيل أيضاً أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع جبل الحبلية ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت يبيعونها يؤجلونها الى أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها والفر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين الناقة وهذا من باب التهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور القحول فبذره كلها يبيعون جاهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الالوجه التي ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترعى . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن يبيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترعى أو بعد أن ترعى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهي

عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر أعواماً لا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه . وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التيقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا ماروى عن الثورى وابن أبى ليل من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التيقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعي وأحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سيأتى بعد ما دليلى الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التيقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيهم عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرايت ان منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط اتيقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلقوا اذا ورد البيع مطلقاً فى هذا الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التيقية الممنوعة فن حمل الاطلاق على التيقية أو رأى أن النهى يتناول به عمومهم قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التيقية وقد قيل عنه انه محمول على النقطع . وأما الكوفيون فحججتهم فى بيع الثمار مطلقاً قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن ترهى على

التدب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فإذا جد الناس وحضر تفاضهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لما هات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالشورة بشير بها عليهم لا يديموا الثمر حتى يبدوا صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرايت أن منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يحجز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التيقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهوف فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التيقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرايت أن منع الله الثمرة والحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تنظر إلى الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب في المبيع بشرط التيقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التيقية والاطلاق عندهم كما قلنا فمحول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث ومجتهم أن هس بيع الشئ يقتضى تسليمه والاخفه الفرر ولذلك لم يحجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين . أحدهما في جواز بيعها قبل أن زهى ، والثانى في منع تيقيتها بالشرط بعد الازهاء أو مطلق العقد وخلافهم في الموضع الاول أقوى من خلافهم في الموضع الثانى أعنى في شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافاً في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمرة صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى زهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لا تنفى عشرة ليلة خلت من ايار وهو ما يوجب هو قول

ابن عمر أيضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من الماهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحاً رفعت الماهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه الماهة يريد والله اعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالحصل في بدو الصلاح للعالماء ثلاثة أقوال، قول انه الازهاء وهو المشهور، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء، وقول الامر ان جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء بقول مالك اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث . وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البض وبدو الصلاح للمعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه البعض بل اذا كان متباً لآن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من الماهات هو اذ ابد الطيب في الثمرة ابتداء متناسباً غير منقطع وعند مالك انه اذا ابد الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي لا يجوز الا يجوز نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه الماهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي مشتركة لم يخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والسنبل حتى يسود وذلك أن العلماء اختلفوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبليها دون السنبل لانه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرتة واختلفوا في بيع السنبل تسمه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل تسمه وان اشتد لانه من باب الثمر وقياساً على يعه مخلوطاً بنبته بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الاثر والقياس أما الاثر فاروى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى ترهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمّن الماهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه

مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من التهمة مقبولة وروى عن الشافعي انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبلي اذا أفركو ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الاعلى القطع . وأما بيع السنبلي غير محصود فقبل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه . وأما بيعه في يئنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجاز عند مالك ولا اعر في فيه قولنا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبلي اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يمله حبال المشتري وقال غيرهم هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبو هريرة قال أبو عمر وكلهما من قول المدول فاهق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها وانفقوا أيضا على بعضها وذلك بتصور على وجه ثلاثة ، أحدها ما في مشونين بئنين أو مشون واحد بئنين أو مشونين بئنين واحد على أن أحد البيعين قد لزمو . أما في مشونين بئنين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بئنين كذا على أن يبيعني هذه الدار بئنين كذا ، والثاني ان يقول له أبيعك هذه الغلام بدينار وهذه الاخرى بدينارين . وأما يبيع مشون واحد بئنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين ، أحدهما ان يكون أحد البئنين قد أوالاخر نسبة مثل ان يقول له أبيعك هذا الثوب قدأ بشرة او الى اجل بعشرين ، والوجه الثاني ان يقول له أبيعك هذا الثوب قدأ بئنين كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بئنين كذا . وأما مشونان بئنين واحد فمثل ان يقول له أبيعك أحد هذين بئنين كذا فاما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان يبيعني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لا يجوز لان البئنين في كليهما يكون مجهولا لانه لو أفراد البيعين لم يتفق في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في البيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رديعتين في بيعة انهما هو جهل الثمن أو المقيون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزمو في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان التقد واحدا أو مختلفا واختلف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان التقد واحدا أو مختلفا وعله منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه يمكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب

ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب
تقدأ بكذا أونسيئة بكذا فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما إذا لم
يكن البيع لازما في أحدهما فاجاز مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما افترا على من غير
معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم بوجوب
تحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فملة امتناع هذا الوجه الثالث عند
الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيع الرر التي نهى عنها وعلة امتناعه
عند مالك سد الذريعة الموجبة للربح لا مكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أو لا فهاذا العقد
باحد الثمنين المؤجل أو الممجل ثم بدله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني
فكانه باع أحد الثمنين الثاني فيدخله عن يمين نسيئة أونسيئة ومتفاضلا وهذا كله إذا كان
الثمن تقدأ وان كان الثمن غير تبدل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا
وأما إذا قال أشترى منك هذا الثوب تقدأ بكذا على أن تبعه متى إلى أجل فهو عندهم
لا يجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده يدخله أيضا علة جهل الثمن
وأما إذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين وقد لزمه أحدهما أهم الاختار وافترا قبل
الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما محجوزان بسل أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين
مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبد الرزق بن أبي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر .
وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك
فانه أجاز لانه محجوز الخيار بعد عقد المبيع في الاصناف المستوية لقلة الرر عنده في ذلك وأما
من لا يحجزه فيعتبره بالرر الذي لا يجوز لانهما افترا على بيع غير معلوم بالجملة فالقهاء متفقون
على أن الرر الكثير في المبيعات لا يجوز وان القليل لا يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع
الرر فبعضهم يلحقها بالرر الكثير وبعضهم يلحقها بالرر القليل المباح لتردها بين القليل
والكثير فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشتري على أن يختار فملك
أحدهما وأصابه عيب ممن يصبه ذلك قليل تكون المصيبة بينهما وقيل بل بضعته كله
المشترى إلا أن تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يقلب عليه وبين
مالا يقلب عليه كالعبد يضمن فيما يطلب عليه ولا يضمن فيما لا يطلب عليه . وأما هل يلزمه أخذ
الباقى قبل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة
في هذا المعنى هي أما عند فقهاء المصارف باب الرر . وأما عند مالك فنهما يكون عنده

من باب ذرائع الربو منها ما يكون من باب الفرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثياب وعن بيع وشروط فهو وإن كان سببه الفرر قال شبه أن ذكرها في المبيعات القاسدة من قبل الشروط .

﴿ فصل ﴾

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

﴿ مسألة ﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرن في هذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فيها اختلف العلماء فقال قوم يبيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعي وهو المنصور عند أصحابه أعني ان يبيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تخير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء اتخذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقيل في ذلك في المدونة أنكروه عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الفرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الفرر اليسير المعفو عنه قال الشافعي رآه من الفرر الكثير ومالك رآه من الفرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية فانه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انهقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرئامج على الصفة ولم يحجز عنده بيع السلاح في جراه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشتري عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً

بارض له أخرى باربعين ألفاً وأربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرراً آخر وهو هل هو موجود وقت المقدّم أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالقمار ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تغييره فيه فاعلمه .

﴿ مسألة ﴾ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وإن من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بآثر عقد الصفقة إلا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ولا يجوز وأفيها النقد كما لم يحزمه مالك في بيع الغائب وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالقرر من عدم التسليم من الطرفين لأن باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه وبراؤه من باب الدين بالدين وكان أشبه بجوز ذلك ويقول إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه أعنى أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الايمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

﴿ مسألة ﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يثمر جطناً واحداً بطيب بضمه وإن لم تطب جملة معاً واختلفوا فيما يثمر جطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أولاً تتصل فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلها فخلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والمصير ثم إن اتصلت فلا تخلو أن تقبض البطون أولاً تقبض فتال المنقبض جز القصيل الذي يحزم مدة بعد مدة ومثال غير المنقبض المباطخ والمقاني والمالباذنجان والقرع في الذي يقبض عنه وينفصل روابتان، أحدهما الجواز، والاخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يقبض قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحدوا سحاق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع جطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يقبض أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدأ صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لأن القرر في الصفة شبهه بالقرر في عين الشيء وكانه رأى أن الرخصة هنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعنى ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من القرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى

الرواجين عنده بيع التفصيل بطناً أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان مقبلاً. وأما وجه الجواز في التفصيل فتشبهه بما لا يقبض وهو ضعيف. وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع المخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاملة واللقت والجزر والكرنب جائز عند مالك يمه اذا بدأ صلاحه وهو اسحقاقه للكل ولم يحزه الشافعي الا مقلوعاً لانه من باب بيع المغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والياقلا في قشره أجازاه مالك ومنعه الشافعي * والسبب في اختلافهم هل هو من الثمر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الثمر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير والذي تدعو اليه الضرورة وما جمع الامر من ومن هذا الباب بيع السمك في القدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فبا أحسب وهو الذي تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الأبق أجازاه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الا باق ويتواضعا ان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به التفتدي بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وعن قال بجواز بيع الأبق والبعر الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن شراء العبد إلا بقب وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضرعها وعن شراء الغنم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أبام معدودة اذا كان ما يحلب منها معروف في العادة ولم يحجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازاه مالك الا أن يكون ميتاً سأمته ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصوآغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بتقدير مخالفه أو بمرض ولم يحجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامر من جميعاً وأجازاه قوم في الامر من جميعاً وبه قال الحسن البصري فذهب هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكيسة فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المنسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلوم مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع

والمشتري من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجراف يجوز في أشياء ويتنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما لم يقصود منه الكثرة لا أحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزاؤها هي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجراف ويكون مكيلة وهي المسوحات كالارضين والياب ومنهما لا يجوز فيها التقدير أصلاً بالكيل والموزن بل انما يجوز فيها المدد فقط ولا يجوز بيعها جزاؤها هي كإقلنا التي المقصود منها آحادا عاينها وعندما لك ان التبر والقضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزاها ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عندما لك ان تباع الصورة المجعولة على الكيل اى كل كيل منها بكذا ان كان فيها من الاكيل وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم ببلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سميها ويجوز هذا البيع عندما لك في العبيد والياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل ببلغ الثمن ويجوز عندما لك أن يصدق المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسبة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري لثبته صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يحجر فيه الصاعان وأجازوه قوم على الاطلاق ومن منعه أبو حنيفة والشافعي واحمد ومن اجاز به باطلاق عطاء بن أنس رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز عندما لك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزاها فمن يحبل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وابي حنيفة والمزانية المنهى عنها هي عندما لك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الرويات فلموضع التفاضل وأما في غير الرويات فلم يتم تحقق القدر.

* (الباب الرابع في بيع الوضوء والثلثا)

وهذه البيوع الفاسدة التي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنتها النص وجب ان تحمل قسمان أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو

باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر قال نبي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحاقلة والنزابة والخابرة والمعامقة والتنيا ورخص في الرأيا وهو أيضاً في الصحيح خرجهم مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نبي عن بيع وشرط فاختلف العلماء لما رخص هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وعن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهي عن بيع وشرط ولعموم نهي عن التنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد صحح بحديث عمر بن العاص خرج أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يخل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا يربح ما لم يضمن ولا يبيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشرط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شرط تبطل هي والبيع معاً ، وشرط تجوز هي والبيع معاً ، وشرط تبطل ويثبت البيع وقد بطل ان عنده قهرا رابعا وهو ان الشرط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشرط من صنف الفساد الذي يخل بصحة البيع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد قصدا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجاز له وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ مذهبه يتجمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من اترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحمد من له ذلك جدي والمازري والبايجي ونهصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين ، أحدهما ان يشترطه بعدا تقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فمثل هذا قالوا يصبح فيه العقد يبطل الشرط لحديث بريرة ، والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام . إما ان يشترط في المبيع منفعة لنفسه . وإما ان يشترط على المشتري متاعا من تصرف عام أو خاص .

و إما ان يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون معنى من معاني البر ، والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكنها لمدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر . وأما ان يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لانه من التثنية مثل ان يبيع الامة على ان لا يبطأها أولاً بيدها . وأما ان يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يحجز لمعظم الغير رفيعه وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المصحح قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشروط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغير واليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يحجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعه فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفاً وان لم يجيئ كان بيعاً واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضاً في بيع شئناً بشرط أن لا يبيعه حتى يتصرف من الثمن فليل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط بمنع المتابع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع محبة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فنهى أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه الا احمد ابن عبد الحكم وقدروى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع محبولا لا اقتران السلف به وقدروى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال لما افرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق محر فباعه عند البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا بحجوب لا تقوم به حجة وهو ان قال

له الفرق بينهما ان مشروط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوّل فيه بالفرق وذلك انه يقال لهم كان هنا مخير أو لم يكن هناك مخير أفى ان يترك الزق ويصبح البيع والا شبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كالأمر برفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم المعين به وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكى أو معقول فان قلنا حكى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فالكل رأى معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في يوع الرابوا للفرر هو أكثر ذلك حكى ولذلك ليس يعتقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الفرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ماسيات في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع لمر بان فجمهور علماء المصارع على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوا ومنهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان هذا البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الفرر والمخاطرة أو كل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء المصارع مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو نوري وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خر وجهه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فحين باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف في جواز ممتل ان يبيع عبد الأار به،

وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مفقود ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضوا له قبة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب يجوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازها في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناءه بجذبه فباعت الجذبة مغيب وان كان لم يستثنه بجذبه فانه لا بدري بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضوا معينا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره . وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح . إما عرقه . وإما ملحوظا به جزأ مقدرا مثل أرتال من جزو ورفن مالك في ذلك وابتان ، إحداهما المنع وهي رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارتال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل عرقا طعه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واهتقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الابتعين المشتري لها بعد البيع لانه يبيع ما لم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فتمهله الجوهو ولمكان اختلاف صفة التخييل وروى عن مالك إجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجاز في استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يمينها بعد الشراء المشتري فأجاز مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهم لتهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيافي البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فاتهم إجازوا ذلك فيادون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهي عن الثنيافي ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزاها ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع واجارته معاً في عقد واحد فأجاز مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن

يرون أنه يكون حينئذ مجهولاً ومالك يقول إذا كانت الاجارة معلومة لم يكن النسيء مجهولاً
وربما رآه الذين منعه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كائناً
واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف
العلماء فيها لا خلافاً بالاقبل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فنقوت
عنده علة المنع في مسألة منها منعه ومن لم تقوعنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان
هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه
المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صواباً وهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل
الى التخيير .

﴿ الباب الخامس ﴾

﴿ في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والممنوع من هذا الباب ما ثبت من نهي صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه
وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهي عن تلقى الركبان ونهي عن أن يبيع حاضر لباد ونهي
عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلفا ليس بمتباينين فقال مالك
معنى قوله عليه الصلاة والسلام: لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهي عن أن يسوم أحد
على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شيء
يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط الميوب أو البراءة منها أو بمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة
هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على
المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى
ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يترقا فأتى أحديهم مرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على
مذهبه في أن البيع انما يلزم بالاتفاق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب
لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لا خلافاً فيها به يكون اللزوم في البيع على ما سنده
بعد وفقهه لا ما صار على أن هذا البيع بكرة وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود
وأصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكاً بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه
فسخه ما لم يتم وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح
وقد تقدم ذلك واختافوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور

لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره وقال الاوزاعي لا بأس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا يسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم ببيع المزايذة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر هل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾

وأما نيه عن تلقى الركب ان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق كشلائيفرد المتلقى بخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما هو لا جل البائع لئلا يغبنه المتلقي لان البائع يحبل سعر البند وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء أخذ البيع أو رده ومذهب الشافعي هو نص في حديث أني هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تتلقوا الجلب فن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

﴿ فصل ﴾

وأما نيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبدي فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدي فرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرمته واهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ويمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبدي ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعني أن يخبر الحضري البادي بالسعر واجازه الاوزاعي والذين منعوا تنقوا على أن القصد بهذا النهي هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون بخلاف ما عندهم أي يفرحون فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضري للبدي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لبادذر والناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والا شبه أن يكون من باب غبن البدوي لأنه يردو السمر بمحول عنده إلا أن ثبتت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركب أن على ما نأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا إذا وقع فقال الشافعي إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: دعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم فسخ وقال بعضهم لا يفسخ.

﴿ فصل ﴾

وامتنع عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وإن النجش هو أن يزيد أحد في سلمة وليس في نفسه شراً أو ما يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا إذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالبيع والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد وإن شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعي إن وقع أمم وجاز البيع * وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج فن قال يتضمن فسخ البيع لم يحزه ومن قال ليس يتضمن إجازة والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والقرر وإذا ورد لا من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا * وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا * وقال لا يجمع روهو ولا يبيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء على عمومهم فقالوا لا يبيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه إن كان مقلداً كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أر بع لا أرى أن يمتنع الماء والنار والخطب والكلا * وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يبيع مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً وهذا يوماً فيرى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرعه فيجب عليه أن لا يمتنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتمتار بؤره ولجأه فضل ماء انه ليس لجأه ان يمنه فضل مائه الى أن يصلح بؤره والتأويلان قرينان ووجه التأويل انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهي عن بيع الماسطة فلما نهي عن منع فضل الماء حملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو المتنوع في الحديثين . واما مالك فأصل مذهبه ان الماسق كان في أرض مملوكة منبذة فهو لصاحب الأرض له يمينه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا يمن معهم ويخاف عليهم المسلاك وحمل الحديث على آثار الصحراعاتي تتخذ في الأرضين الغير مملوكة فرأى ان صاحبها اعنى الذي حضرها ولي بها فآذارت ما شئته ترك الفضل للناس وكأنه رأى ان البئر لا تنفك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة ولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام ولدها لتبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من فرق بين والدة ولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة واختلصوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وانما البائع والمشتري * وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد النهي اذا كان لمصلحة خارج . واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حدد ذلك الاثنان وقال الشافعي حدد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الا و زاعى حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا وقع فسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغبن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا اتقى خارج المصدر ليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثا لما ذكره انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالدة في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة .

﴿ الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المني الى الجمعة فقط لقوله تعالى « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » وهذا أمر يجمع عليه فإما أحسب أعني منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلصوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ أولا لا يفسخ فان فسخ فملى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

باليبيع أهل يلحق فالمشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير مأمرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهى عنه أولاً يقتضيه . وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجملة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحفل أن تلحق بالبيع لأن فيه المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ويحفل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرًا بخلاف البيع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لم ترتب الوقت فانها فعل جهة الخطر وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ على ولذلك مدح الله تبارك البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى « رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة » وإذا ثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني)

والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الأول في العقد ، والثاني في العقود عليه ، والثالث في العاقدين . ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

* (الباب الأول في العقد) *

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قال له بمعنى سلعتك بكذا أو كذا فقال قد بعتها فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بسدر وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك إذا قال المشتري للبائع بكم بعتك فيقول المشتري بكذا أو كذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي أنه يقع البيع بالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لك في ذلك قولاً ولا يكفي عند الشافعي المدعاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في لزوم لا يترأخ أحدهما عن الثاني حتى يفرق المجلس أعني انعمت قال البائع قد بعت سلعتي بكذا أو كذا فسكت المشتري ولم يقل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهم ما وطأه من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترا وقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو نؤير وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لا يلزم بالافتراق من المجلس واتهمهم ما لم يفترا قال يس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي برة الاسلامي من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة وعمدة المشتري خيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترا الا البيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما صاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث قالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أعيامن نبايعا فالقول قول البائع أو يتراد ان فكاكه حمل هذا على عموميه وذلك يقتضي ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعدم ينعقد ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والا ولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرج له أحد مستنداً فبدأ حسب فهذا هو الذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما انتخاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعقد هو الايجاب والقبول والا مراءى على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعدما انتم ما لم يفترا . واما القياس فانهم قالوا اعتمدوا وضعية فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها بخصوصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الأصوليين قالوا لتأنيده تأويلان ، أحدهما ان المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساويان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقبل لم أنه يكون الحديث على هذا لا قائمة فيه لانه معلوم من دين الامهاتهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى « وإن تفرقا يفتن الله كلامنا من سمعته » والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذي هو العقد .

(وأما الركن الثاني)

الذي هو الموقوف عليه فانه يشترط فيه سلامته من الضرر والربا وقد تقدم المختلف في ههذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلامعنى لتكراره والضرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر ممدود وأعلى تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والتمنون معلوم الاجل ايضاً ان كان بيعاً مؤجلاً .

(وأما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغير وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما المالحق أو تسهما كالسفيه عنده من يرى التحجير عليه او الحق الغير كالمبدل الا ان يكون العبد مأذوناً له في التجارة واختلقوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقذ أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض ففسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشتري صح الشراء والا لم يصح فتمعه الشافعي في الوجهين جميعاً وأجازاه مالك في الوجهين جميعاً وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعثت احدي الشاتين بدينار وبحثت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فعبار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الاصرين جميعاً وعمدة الشافعي

النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك أن النبي إنما ورد في حكمه بن حزام وقضيته مشهورة وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل إذا ورد النبي على سبب حمل على سببه أو بيم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الأول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يفرد بالكلم فيه واذا قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فننصر إلى القسم الثالث وهو القول في الأحكام العامة لليوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الأحكام العامة لليوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلق قريب بالمشموع في أربع مجل ، الجملة الأولى في أحكام وجود العيب في المبيعات ، والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشتري ، والثالثة في معرفة الأشياء التي تباع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه ، والرابعة في اختلاف المتبايعين وأن كان الالقي به كتاب الاقضية وكذلك أيضاً من أبواب أحكام اليوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي أيضاً من الأحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

﴿ الجملة الأولى ﴾ وهذا الجملة فيها بيان ، الباب الأول في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق ، والباب الثاني في أحكامها في البيع بشرط البراءة .

﴿ الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم إذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو أيضاً أن يقوم بعيب يوجب حكماً أولاً بوجبه ثم أن قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع أيضاً أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولاً يكون فإن كان لم يحدث فحكمه وإن كان حدث فيه فحكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة ، الفصل الأول في معرفة العقود التي يجب فيها وجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها ، الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها ، الثالث في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع ثم يتغير ، الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها ، الخامس في القضاء

في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان ألقى بكتاب الاقضية .

(الفصل الأول من الباب الأول)

أما العقود التي يجب فيها العيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كإان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضاً في انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . واما ما بين هذين الصنفين من العقود اعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فلا ظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

(الفصل الثاني) *

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التي توجب الحكم ، والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فأما العيوب التي توجب الحكم ففها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشتط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم تشتط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي قد دعاها قص في أصل الحلقة . وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها ككالات وليس قد دعاها تقصاً مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هي في اجسام ذوات الانس ومنها ما هي في غير ذوات الانس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما قص عن الحلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي تقصاً له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان التقص في الحلقة فضيلة في الشرع كاختفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه الماعاني في شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الققيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره من ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو المنة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة

هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج يعيب فيها أحسب والجل في الرأفة عيب عندما لك وفي كونه عيباً في الوحش خلاف في المذهب والتصرية عندما لك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي ألبما حتى يوم ذلك أن الحيوان ذولبن غزير وحتهم حديث المصرة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تصر والابل والبقرفن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر قالوا فثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وأيضاً فإنه مدلس فاشبهه التديس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيباً بالاتفاق على أن الإنسان إذا اشتري شاة فخرج لينها قليلاً إن ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصرة يجب أن لا يوجب عملاً لما رقبته الاصول وذلك أنه مفارق للأصول من وجوده فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسبتة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتعلقات . إما القيم . وإما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلاً ومنها بيع الطعام المجهول أي الجزاف بالكيل المعلوم لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فإنه يقل ويكثر والعوض هنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها الموضع صحة الحديث وهذا كما أنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول أنه لا خلاف عندهم في الأمور والمعنى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أي عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرأفة وقيل لا بأس بالسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في انقراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا برد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثاني) . وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها فيجب هنا أن تذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول أنه رد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الاممبار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدان عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فاحدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرهما من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الادعاء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف اليبوع في كل ما قصد منه الماء كسكة والخاكرة وكان يبعألا في الذمة هذا ما لا خلاف فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب وزمان المواضعة بتدخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتدخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتدخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولاً ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل يلزم العهدة في كل البلاد من غير ان يحمل أهلها عليها فرى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلاد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم التقدي في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد التدفيع بين السلف والبيع فلهذا كلف مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلترجع الى تقرير صحيح المثبتين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وسجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربعين وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن ممرة بن جندب التزاري رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن ممرة وان كان الترمذي قد صححه . وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ورواها ولو لم يحتج مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحداه واثنين عنده ان يقضى به في كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة

عهد السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن
عهد السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمر أسألهما وأدق دتمر القول في تميز العيوب التي
توجب حكما من التي لا توجبه وتتمر بالشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع أو في
العهد عند من رى العهد فلنصر الى ما بقى .

* (الفصل الثالث) *

واذا وجدت العيوب فان لم يضر المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في
عقار أو عرض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري بخير بين ان يرد
المبيع ويأخذ منه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان في عقار فالك يفرق في ذلك بين العيب
اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيرا لم يجب الرد ووجب قبعة العيب وهو الارش
وان كان كثيرا وجب الرد وهذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون
هذا التفصيل . وأما المروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول
وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ
جدي رحمه الله عليه ما كان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والمروض وهذا
الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعني ان يفرق في ذلك أيضا
في المروض والاصل ان كل ما حط انقصة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار
ولذلك لم يعمل البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في
الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

❦ فصل ❦ واذا قد قلنا ان المشتري بخير بين ان يرد المبيع ويأخذ منه أو يمسك ولا شيء له
فان انقعا على ان يمسك المشتري سلمته ويطلبه البائع قبعة العيب فمامة فقهاء الامصار بخير
ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس له ما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له
استقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري
فله ان يستوفيه أعني أن يرد ويرجع بالنم وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة
فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا لا خلاف فيه وفي هذا الباب فرعان
مشهوران من قبل التمييز ، أحدهما هل اذا اشتري المشتري أنواعا من المبيعات في
صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا أن يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والاوزاعي إلا أن يكون قد سمي بالكل واحد من تلك الأنواع من القبة فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف إذا لم يسم وقال قوم يرد المبيع بمحضه من الثمن وذلك بالتقدير وعن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معا وروى مالك قال ينظر في المبيع فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وإن لم يكن وجه الصفقة رده بعينه وروى أبو حنيفة نهر يما آخر وقال أن وجد العيب قبل القبض رد الجميع وإن وجد بعد القبض رد المبيع بمحضه من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض في الرد أن المراد يرجع فيه بقيمة يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يصفها عليها ويمكن أن لو بيعت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المبيع ولا بد فلأنه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القبة . وأما نهر ي مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسن منه لأنه رأى أن ذلك المبيع إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراد المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصودا أو أجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قبة الجميع أو في قبة المبيع خاصة . وأما نهر ي أبي حنيفة بين أن قبض أولا قبض فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم قبض المبيع فضمناه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالمبيع .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فأنهم اختلفوا أيضا في رجلين يتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعي لمن أراد الرد أن يرد هو ورواه ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المختلفتين لأنه قد اجتمع فيها عقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري قيم تبعيض رد المبيع بالمبيع .

﴿الفصل الرابع﴾

وأما أن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما أن تغير بموت أو فساد أو عتق فقهاء الأمصار على أنه فوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة المبيع وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت

والتق بشئ* وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأما تديره بالبيع فاتهم اختلافه فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشئ* وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تمصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أى عالماً بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشئ* وان لم يكن مدلساً رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضاً وينسخ البيعان و يعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقبل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه اذا قات بالبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير ان يعتبر تأشير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني تشبيه البيع بالتق ووجه قول أشهب وعثمان أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الامتناع الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته او صدقته تفويت للمالك بغير عوض ورضي منه بذلك طلباً للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأخرى بذلك . وأما مالك فتأس الهبة على التق وقد كان القياس أن لا يرجع في شئ* من ذلك اذا قات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان في يده فليس يجب له الا الرد والامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير في اسقاط شئ* من الثمن وانما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كل رهن والاجارة فختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خر وجهه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للتواب عند مالك كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

* (باب في طر وء النقصان) *

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس .
فأما نقصان القيمة لا اختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان
الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي
لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة
فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط
وليس له غير ذلك اذا أنى البائع من الرد به قال الثاقبي في قوله الجديد أبو حنيفة وقال الثوري
ليس له الا ان يردو بردمقدار العيب ان الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول
الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمكس ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو
يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال
البائع للمشتري أنا أقبض المبيع ونعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري
بل أنا أمسك المبيع ونعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري
والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصحح على قول من يرى انه ليس
للمشتري الا ان يمكس أو يردو ما نقص عنده وشذأ أبو محمد بن حزم فقال له ان يردو لا شيء
عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يردو برقيمة العيب أو يمكس فلانه قد
أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب
حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده .
وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياساً على العتق
والوت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تارض عنده
حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين .
اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه قدس به على
المشتري وعندما مالك انه اذا صاح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري
قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي
لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد فلانه أمر حدث بين عند الله كما لو حدث في ملك البائع
فان الرد بالعيب دال على أن البائع لم ينفق في هسه وانما انفق في الظاهر وأيضاً فلا كتاب

ولاسنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالأباق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تحث الرد كعيوب الأبدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا رجع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا يؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري بطل الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرأ أو ثيباً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي رد قيمة الوطء في البكر ولا رد هافي الثيب وقال قوم بل يرد هافي الثيب وبه قال ابن أبي شيرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرأ رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شيء . فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في ردوها للمشتري لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام : انخراج الضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال رد للبائع وليس للمشتري الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرض العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده وردها ما تولد عنه كان ذلك قوتاً يقتضي أرض العيب الا ما نصصه الشرع من انخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في سس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب . وإما في الامساك والرجوع بقيمة العيب . وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل الصحن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم في انتفاء هذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة هنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا

يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان بمن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة قبيح في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدد ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في التمية وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له عيب على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الثمن سليماً و يقوم معيباً و برد المشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تميمات تقوم وهو سليم وتقوم بالعيب الحادث عند البائع وتقوم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

❦ الباب الثاني في بيع البراءة ❦

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سواء أول بصره أو لم يبصره وبه قال أبو نؤير وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري . وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجوارى الرائعات فنه لا يجوز عنده لعظم الفرقه ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدرى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وصح من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الفرق فيما لم يعلمه البائع ومن باب العيب والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع بمالك وبالحيلة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالعلم داه لم تسمه فاخصما

الى عثمان فقال الرجل باعني عبداً وبه دألم سمعلى وقال عبد الله بعته بالبراءة ففضى عثمان على عبد الله ان يحلف اقتديا ببيع البعد وما به دألم يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجى العبد وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يحجز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيو بهم فى الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالصيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خنف فيه للسلطان وفى قضاء الديون خاصة وذو ذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى اذا اشتراطها الا بيع السلطان والموارث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازها وفى شرط جوازها وفى فيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولما يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

في الجملة الثمانية فى وقت ضمان المبيعات ١٢ واختلقت فى الوقت الذى يضمن فيه المشتري المبيع أى تكون خسارته ان هلك منه قتال أبو حنيفة والشافعى لا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما مالك فله فى ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة أقسام: يبيع بحجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد، ويبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكيل ولا يمدد . فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري الا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك فى ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان بشرطه على المتناع ، والثانية انه من المتناع الآن بشرطه على البائع ، والثالثة الفرق بين ما ليس بما مؤن البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين: هو ما مؤن البقاء والخلاف فى هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط العقد تأول: ومه أو كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عند من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعتدوا لم قال بالمعنى يدخل فى ضمان المشتري وتفرق مالك بين الغائب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذو بهل الظاهر الى أن

بالمقيد دخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمد من رأى ذلك اتهاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له اتهمهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح وإذا قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر هنا الجوائح .

(القول في الجوائح)

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر ومروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثاً جابراً هذا وقياس الشبهة أيضاً وذلك أنهم قالوا أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يتخلق فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وإن التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اختلفوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أجبر رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فبسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس التشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عندنا بنائاً ويل فقال من منع الجائحة يشبهه أن يكون الأمر بها انما ورد قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدوا صلاحها قالوا وبشهادته لا كما كثر شكواهم بالجوائح امرؤ أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدوا صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبي سعيد يمكن أن يكون البائع عديم ما لم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي

أصيب من النمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سلمان بن عتيق عن جابر وكان يضيفه ويقول انه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في انقضاء بالجائحة العطش وقد جعل القائلون بها انها قسم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول، الأول في معرفة الاسباب القاعلة للجوائح، الثاني في محل الجوائح من المياعات، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه .، الرابع في الوقت الذي توضع فيه .

(الفصل الأول)

وأما ما أصاب الثمرة من السام مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش فكأننا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع آدميين فبعض من أعقاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة اتفقوا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم يره ما كان منه بما فصة^(١) جائحة مثل السرقة و بعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فن جعلها في الامور السماوية فقط اعقد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أريت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

❖ الفصل الثاني ❖

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصيل الذي هو النمر .

❖ (الفصل الثالث) ❖

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في الثمار فالثلث . واما في البقول فقليل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث النمر بالكيل واشبه يعتبر الثلث في القبة فاذا ذهب من النمر عند أشبه ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن والنهن وسواء كان ثلثاً في

(١) غصه أخذه على غرة

الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فإن كان نوعاً واحداً ليس بمختلف فقيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وإن كان الثمر أنواعاً كثيرة بمختلفة القيم أو كان بطوناً بمختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة و بطونها وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمال الكية يحتاجون في مصرفهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بأن القليل في هذا معلوم من حكم المادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالمادة وإن لم يدخل بالنطق وأيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير فالواو اذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل فرة بجمل الثلث من حيث الكثير كجملة اياه ههنا مرة بمجملة في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بمصرئياتها بقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة فقلت فيها القليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام: الثلث والثلث كثير .

(الفصل الرابع)

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى نسيئة الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلوا اذا أبقاه المشتري في الثمر ليعيمه على النضارة وشيئاً شبيهاً قيل فيه الجائحة تشبهاً بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة فترى بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالف من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعني من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الا مرفههما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من حمل النظر في الاحكام) وهو في تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة قانطان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور

الفتهاء على أن من باع بخلافها تمر قبل أن يؤبر فإن التمر للمشتري وإذا كان البيع بعد الأبار فالتمر للبايع إلا أن يشترط المبتاع والتمر لكلها في هذا المعنى في معنى التخييل وهذا كله ثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالتمر للبايع بعد الأبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الأبار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبايع قبل الأبار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والاولى قالوا وذلك أنه إذا وجبت للبايع بعد الأبار فهي أخرى أن تجب له قبل الأبار وشعوا خروج التمر بالولادة قالوا وكما أن من باع أمة لها ولد فولد لها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في التمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها فالدخيل بالقياس لأنه رأى أن التمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول إلا أن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم ير دخيل في حديثنا وخالف مفهوم الدليل فيه فذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بفهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأخرى والاولى وهو الذي يسمى غوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والأبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكورا نخلا في طلع أناسها وفي سائر الشجر أن نور وتعقد والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الأبار وأبار الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إباردان فرك قياساً على سائر التمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الأبار أو وقت الأبار قيل الوقت وقيل الأبار وعلى هذا ينبغي الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه وانفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع تمر وقد دخل وقت الأبار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة أقوال، أحدها أن ماله في البيع والعتق لسيدته وكذلك في المسكاتب وبه قال الشافعي والكوفيون، والثاني أن ماله تبع له في البيع والعتق وهو قول داود وأبي ثور، والثالث أنه تبع له في العتق لا في البيع الآن بشرطه المشتري وبه قال مالك والليث فجاء من رأى أن ماله في البيع لسيدته الآن بشرطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً له مال فالله الذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع

ومن جعله لسيده في العتق قياساً على البيع وحجة من رأى أنه يتبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالاً كاعندهم وهي مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً أعني هل يملك العبد أولاً يملك ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم إلا أن نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمرو سالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطأ لا امرأ المجتمع عليه نتدنا أن المبتاع اذا شرط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضاً أو ديناً وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاماً فماله إلا أن يستنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدينار وإن كان مال العبد ديناراً أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي اذا كان مال العبد نقداً وقالوا العبد وماله بمنزلة مناع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن النسيم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بمضيه وقرق بعضهم فقال ان كان ما اشتري به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودينار وإن كان ما اشتري به عرضاً ولم يكن في مال العبد ديناراً جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بمضيه تشبيهه ثمر النخل بعد الأبار ووجه قول أشهب تشبيهه أخذه بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحيط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وقائدة الفرق ان من قال هي من الثمن أوجب رد ما في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما يشبه ذلك وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة ففسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة إلى انها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الرضاة قالوا واذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن وأصح الفرق الثاني باتهامهم على انها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخت للعقد الاول وعقد ثانٍ عدها من الثمن .

﴿الجملة الرابعة﴾ وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة
 فقهية الا مصارعتون على اتهمائهما فالتفاسخ بالتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل اعني
 في الوقت الذي يحكم فيه بالايمن والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة اتهمائهما يتحالفان
 ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فان كانت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد
 ابن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت . وأما
 مالك فعنده وايتان ، احدهما اتهمائهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبمد القبض
 القول قول المشتري ، والرأية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية
 رواية أشهب والقوت عنده يكون بتغير الاسواق وزيادة المبيع وتقصانه وقال داود وأبو ثور
 والقول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر إلا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن حينئذ
 يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف اهتم اذا اختلفوا في جنس الثمن أو الثمنون ان
 الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فتهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف
 والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال : انما بيعين تباعا فالتقول قول البائع أو يترادفان فن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ
 وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والمالة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع
 ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى
 فيها دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أو فانت فند صار القبض شاهداً للمشتري
 وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين وشبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان
 ولذلك يوجب في مواضع اثنين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين
 بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في
 الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه .
 وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء أو مدعى عليه
 عدد أمان الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم
 يخرج الشيوخ البخاري ومسلم وانما أخرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن
 الايمان وايتان . إحداهما التسح ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين
 في المذهب فيه خلاف فلا شهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لا حدما
 ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فتقول ائحق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تمت باحداث عقد فيها أو نكاح أو هبة أو حواله تسوق ان حكمها الرد أعني ان يرد البائع الثمن والمشتري المثلون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها باعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت بوجوب القيمة وكذلك اذا تمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت بوجوب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والمكرهة . فأما المحرمة فانها اذا كانت مضت بالقيمة . وأما المكرهه فانها اذا كانت محت عنده مور بما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض تخلف الكراهة عنده في ذلك قال الشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والفرار بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخمر بفلس عند هافيه فوت ومالك يرى ان انتهى في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعني بيوع الربا والفرار اذا كانت السلعة فاعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد قبض السلعة وهي تساوي الثمن وترد وهي تساوي خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حواله الاسواق فونافي المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو السلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد دفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة رد هاهنا لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من عوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا بن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ووجه الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بمدرغ الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه روى أن محمداً بن أحمد

ابن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق محرقة انتم قد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجواب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذا قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلتنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربع الاجناس وذلك بان تذكر منها ما يجري مجرى الاصول .

(كتاب الصرف)

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسبته وهو القور ، والآخر عدم التضاض وهو اشتراط المتلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس ، الاول في معرفة ماهو نسبه بماليس بنسبه ، الثاني في معرفة ماهو مماثل لماليس بمال اذ هذان القسمان يتقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعني الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضاً الى نوعين كاقسام أصوله ، الرابع في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعني عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعية في فرع الكتاب الذي رسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى منتركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بعينه بماليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية في كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعني الى صرف بنسبه أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء النافعة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قرىب من المنطوق بها رأينا ان نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليلج به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكتفى من ذلك ما هو مسال وجزم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى قبيهاً لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما يجد متفقه زماننا يظنون ان الاقبح هو الذي حفظ مسائل أكثر وهو لا عرض لهم شئ مما عرض ابن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدّر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح تقديمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفياً يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقه في هذا الوقت واذا قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلاً بمثل بدأبداً الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين قاتهم أجازوا وبهم متفاضلاً ومنعوه نسبة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا في النسبة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس يظهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسبة . وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا الفضة بالفضة الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها شيئاً غائباً بآجز وهو من أصح ما روى في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس ينص في ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا في النسبة وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسبة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ما عدا النسبة فليس ربا لكن يحمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسبة من جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محققاً والاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتيره ومصوغه سواء يبيع بعضه ببعض متفاضلاً لمعوم الاحاديث المتقدمة في ذلك الاماوية فانه كان .

بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروى عن مالك أنه سئل .

الضرب بورقه يعطهم أجره الضرب وبأخدمتهم دنائير ودراهم .

إذا كان ذلك لضرورة خروجه الرقعة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المروءة .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل الممانلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك أن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز يمينه أعمى بالفضة أن كانت حليته فضة أو بالذهب أن كانت حليته ذهباً واللامحز وكانه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الذهب التي في السيف وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب فيها بل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يخير بقلادة فيه ذهب وخرز ومن المعاني تباع فمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة يزرع وحده ثم قال لم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . وأما ما يوه كمالنا فجاز ذلك على الإطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسن في أرض أنت فيها لمار واحد من الحديث .

﴿المسئلة الثالثة﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجز أو اختلفوا في الزمان الذي يحده هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع ناجز أما لم يفتقر المتصارفان معجل أو تأخر القبض وقال مالك أن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفتقر قاحتي كره المواعد فيه . وسبب الخلاف تردد في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : ألا هاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالآقل والاكثر فنرى أن هذا اللفظ صالح لمن يفتقر من المجلس ... أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال لا يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح القبض من المتصارفين على الفور قال أن تأخر القبض عن الأمة في المجلس بطل . على هذا المعنى لم يحز عندهم في الصرف حوالة ولا حاملة ولا خيار إلا ما حكى ' بخيار واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان

أو أحدهما فرة قليل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قليل أنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصداً ذكرها في هذا الكتاب .

المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اضطرب دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهمان زائغاً فأراد رده فقال مالك بقتض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فافوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهي الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا ان تكون الزبوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزبوف كان مخيراً ان شاء أبدلها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير اعني لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان او كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يحجز البديل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو أحسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزبوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار في هذه المسئلة اربعة اقوال ، قول بابطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول ببقاء الصرف وجوب البديل ، وقول بالترق بين القليل والكثير ، وقول بالتخير بين بدل الزائف او يكون شريكاً له وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل او في الكثير . واما وجود نقصان فن المذهب اضطرب فيه فرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز انصرف وان طلب البديل انتقض الصرف قياساً على الزبوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه اعني هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط قليل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط . وبه قال أبو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصنف الواحد بخلافها حرام وحلال هل تبطل انصفتها كلها او الحرام منها فقط .

المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي القضة بالقضة وان اختلف العدد لا اتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين ، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين ، والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الاخر ان يزبد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس

الراطل بهما في الجودة والرداءة متى راطل أحدهما يهتف من الذهب الواحد واخرج
 الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والاخر أدرأ فان ذلك
 عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجه وحده أجود من
 الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ منهما مائماً أو مثل أحدهما وأجود من
 الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة
 وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو
 مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتم ان يكون الراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين
 متفاضلا فكانه أعطى جزءاً من الوسط بأكثر منه من الارداو بأقل منه من الاعلى
 فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لا اخرج ذمنى
 خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك
 عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتمطينى أنت ثلاثين من الوسط فكون العشرة
 الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى
 وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القبة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من
 الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى
 هذا الموضوع فى المصارفة التى تكون بالعدد اعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب
 وأما اختلافهم اذا قصت المراطلة فأراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أو ما لا ربا
 فيه فترى من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينتص أحد
 الذهبين عن الآخر فيرد الذى قص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال
 مالك والشافعى والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة
 والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض
 وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم
 المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة
 بالعدد .

المسئلة السادسة) واختلفوا فى الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنائير وللآخر
 عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا مائماً وقال
 أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لا يجوز ذلك حلاً أو لم يحل وحجة

من لم يحزه انه غائب بغائب واذا لم يحز غائب بناجز كان أخرى أن لا يحوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حاليين معاً لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستترضاه في المجلس فتعاضاه قبل الافتراق فجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعني اذا كان أحدهما هو المستترض فقط . وقال زفر لا يحوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذها اذا حل الاجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يحز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبيع أبيع الدنانير وأخذ الدراهم وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك اذا كان بسره يومه خرجه ابو داود وحجة من لم يحزه ما جاء في حديث ابي سعيد وغيره : ولا تيسوا منها غائباً بناجز .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يحوز الا ان يكون أحدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل ان كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فان كانا معاً متصدين لم يحز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لانه ليس في ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

﴿ كتاب السلم ﴾

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول في محله وشروطه ، الباب الثاني فيما يحوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انقصد عليه السلم وما يرض في ذلك من الاقالة والتجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم .

﴿ الباب الاول ﴾ أمحلها فاتهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من

حدث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر
السنين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم
و وزن معلوم الى أجل معلوم واهتموا على امتناعه فيما لا يثبت في النسيئة وهي الدور والعمار
وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلقوا فيها فتع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر
مصيبراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد
واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك
والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيها جائز وهو قول ابن عمر من انصحابة وقال
أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في
ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم :
نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفرق الأولى وربما احتجوا أيضاً
بنهيهم عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم في الحيوان
ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشاً فتفقدت الأبل
فمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى لابل الصدقة وحديث أبي
رافع أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرأقالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة *
فسبب اختلافهم شيئان أحدهما تمارض الآثافي هذا المعنى ، والثاني تردد الحيوان بين
أن يضبط بالصفة أولاً يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات
النفس قال لا ينضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر
وغير ذلك فلم يحز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازه مالك
والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والآكار أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة
واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والقصوص أجازه مالك ومنعه
الشافعي وقصدنا من هذه المسائل أنما هو الاصول الضابطة للشرعة لا احصاء القروع لان
ذلك غير منحصر .

﴿ وأما شرطه ﴾ فمنها يجمع عليها ومنها يختلف فيها فاما الجمع عليها فهي ستة منها أن
يكون الثمن والمنشون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المتافع على
ما يراه مالك رحمه الله أو اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على
ما يراه الشافعي في علته النساء ومنها أن يكون مقدراً أما بالكيل أو بالوزن أو المددان كان مما

شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل اجلاً بعيداً للثلاث يكون من باب الكالي بالكالي هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير قد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فذه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا، والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه، والرابع أن يكون الثمن مقدراً أمام كيلاً وأما موزناً وأما معدوداً وأن لا يكون جزءاً فافاً للاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بخلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحلال وأما اللخمي فانه فصل الأمر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على صريين سلم حال وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة، وسلم مؤجل وهو الذي يكون من ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشتراط الاجل شيان ظاهر حديث ابن عباس والثاني انه اذا لم يشرط فيه الاجل كان من باب بيع مال ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جازع الاجل فهو حالاً أجوز لانه أقل غرراً وربما استدل الشافعية بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم: اشترى جمل من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد تمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرأ وأعطاء اياه قالوا فهذا هو شراء حال تمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع التسبب واذا لم يشرط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور ومثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم، والثاني في مقدار من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على صريين ضرب يقتضي ببلد المسلم فيه، وضرب يقتضي بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه قتال ابن القاسم ان المعتبر في ذلك اجل يختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً ونحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضي ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي

بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطاً غير معمل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معطلا باختلاف الاسواق اشترط من الأيام ما يختلف فيه الاسواق غالباً وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجاز مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الاتجال يسيراً أجاز ذلك إذ الفرار ليسير مفعول عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور ومن قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وإنما أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكالهلم لم يحزمه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم فإن مالك والشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إتيانه وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في إتيان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الا بانه ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في الفرسنتين والثلاث فأقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ماروي من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تساموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكنهم رأوا أن الفرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجوداً في حال العقد وكانه شبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .
﴿ وأما الشرط الثالث ﴾ وهو مكان القبض فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر وقال القاضي أبو محمد الأفضل اشترطه وقال ابن الموارليس يحتاج الى ذلك .

﴿ وأما الشرط الرابع ﴾ وهو أن يكون اتفق مقدراً مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذكوراً ولا جزأفاً فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحباً أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحتفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجراف الافيا بمظم الفرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعاً مختلفة أو مع تركه ان كان نوعاً واحداً ولم يختلفوا ان السلم لا يكون الا في الذمة وأنه لا يكون الا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها مثل الذمة .

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من التمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه قال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم ومجتهم أن العتد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك يتفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكال بالكال وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر إلى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعقد عليه في هذه المسئلة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكال بالكال الذي عنى عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراراً .

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا كان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يحز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وعكس أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث ، والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فآخذ عوضه المسلم لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً لئلا يأخذ المسلم من المسلم اليه اذا كان الاجل شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك أن هذا يدخله ما سلف وزيادته أن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاماً لم يحز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لأنه يحمل على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان أقل جودة لأنه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمع فيأخذ بمكبلته

شعير او هذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسبة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعاما لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني انها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتمجل او الى بيع السلم على ما يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن اخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيعوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فن العلماء من لم يحزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازوه به قال الشافعي وانثوري وحجتهم ان الاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الردي بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فانه إنما وقع النهي فيه قبل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذ انتمد المتبايع في السلم فقال للبائع أفلى وأنظرك بانتم الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أقال مسلما صفتته أقال الله عشرته يوم القيامة ومن أنظر مسلما أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله .

(مسئلة) اجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل درهم أو دينار إلى أجل فدفعها إليه عند محل الاجل و بعده فانه يلزمه أخذها واختلقوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور أن أنى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعي أن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما إذا أتى به بعد محل الاجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انهم من ضمانه إلى الوقت المضروب الذي قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدينار والدراهم إذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل لحجته انه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعني بعد الاجل أو قبله فشبه بالدينار والدراهم.

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فآخرا البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وان يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط التدب والاختلاف ان يكون من باب الربا كأنه انى صدقه في الكيل لمكان انه انظره بائنا وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع ومخبرهم انه لم كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له لانه لم كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام: نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري واختلوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلوا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك اتقول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

* (الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم) *

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو المنون وإما في جنسهما وإما في الاجل وإما في مكان قبض السلم . فاما اختلافهم في قدر السلم فيه فقول المسلم إليه أنى بما يشبه والا فقول البائع قول المسلم أنى ايضا بما يشبه فان ابا بما لا يشبه فقياس ان يصحها

ويضا سحنا . واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول احد هما سلت في عمرو يقول الآخر في قح وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان في قدره فالقول ايضا قول المسلم اليه الا ان يأتي بما لا يشبه مثل ان يدعى المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحده منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف ابو الهرج في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تخافا وتساخا * واما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر في اصول هذا الباب أما أولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط التقدير أم لا وعن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره من لا يصح وما يكون من الافعال خيارا كالقول . أنا جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شيرمة رطاقة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ذلك الخيار ثلاثة وماروى في حديث ابن عمر: البيعان بالخيار ما لم يفترا فالبيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه وسلم انه يتخذ في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا يبيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدد وفي نفسه وانه انما يتقدر بتقدير الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك بتفاوت متفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار والجلة فلا يجوز عنده الا لجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وابو يوسف ومحمد بن

الحسن يجوز الخيار لاي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جني وجماعة يجوز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف ابو حنيفة والشافعي ان وقع الخيار في الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة ففسد البيع وقال الشافعي بل هو فاسد على كل حال فذهبه هي أقاويل فقهاء الامصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقا او مقيدا أو ان جاز مقيدا فكم مقدارها وان لم يجوز مطلقا هل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع في الثلاث فاما أدانهم فان عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه . واما عمدة من لم يجوز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستتناة من الاصول مثل استثناء العرايين المزينة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة ايام . واما حديث منقذ فاشبهه طرقة المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم قال لتغذ وكان يجذع في البيع : اذا بعت قتل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثا . واما عمدة أصحاب مالك فهو ان المهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عنهم تنبيها على هذا المعنى وهو عنهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص . واما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عنهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه واليثة والاوزاعي مصيبة من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أولا أحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضائه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضائه من البائع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضائه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي مطلقا حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه ان على المشتري التمن وهذا يدل على أنه

قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لا يسما
كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك
عن البائع كالوقال بملك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه
بالبائع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان
لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلا نه أن كان البائع هو المشتري فالخيار له
إبقاء للمبيع على ملكه وإن كان المشتري هو المشتري فالمشترط له فقط قد صرفه البائع عن ملكه
وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك
لمشتري وإذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط
خياراً ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر ولكن هذا أقول
يمنع الحكم فانه لا بد أن تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آبل إلى هل الخيار مشترط
لا يقع الفسخ في البيع أو لتضميم البيع فذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وإن
اقلنا في تجميعه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فإن مالكاً والشافعي وأصحابهما
قالوا يورث وأنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة
وأصحابه يبطل الخيار يموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول
الوصية وخيار الأمانة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرهن لم يبيع أعني أنه قال يورث وكذلك خيار
استحقاق الغنمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الأب
ما وهبه لابنه أعني أنه لم يورثه الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك
أعني للأب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل
لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فموت الرجل المجهول له الخيار فإن ورثته لا يتنزلون
منزله عند مالك وسلم الشافعي منسبت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائد الخيار
الإقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق
والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا انمى للمال وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن
يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال فوضع الخلاف هل
الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه
له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه بالمالكية والشافعية بتحريم على أبي حنيفة

بتسليمه وراثة خيار الرد بالميب ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به والخفية صحيح أيضاً على الملكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى قارقاً فيختلف فيه قوله ومشايها فيما ينق فيم قوله و يروم في قول خصمه بالصدأ عني ان يعطى قارقاً يضمه الخصم متفقاً ويعطى انما قارقاً يضمه الخصم متبايناً مثل ما تقول الملكية انما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا يوجد في غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لالا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خياراً عني انه من ائدح له في شيء منها انه صفة للعقد ورنه ومن ائدح له انه صفة خاصة بذى الخيار يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قوله لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير المعاد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة وانفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لا لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار فقبل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري اى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره الرد واتفقوا على ان المشتري فقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبي الامضاء واتفقوا على ان المشتري فقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فقول قول من اراد الامضاء وكذلك الخالف في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري اى ان اشترطه البائع فقول قول من اراد الامضاء عنهما وان اشترطه المشتري فقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلاً بجملاً ولا خياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بيد الموضع بعينه اعني أجنبياً فقال مالك والشافعي لا يصح البيع وان أسقط الشرط القاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط القاسد فأصل الخلاف هل القاسد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى

العقد أم لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فن قال يتعدى أن يطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لانه يبيى العقد صحيحاً .

—:—

﴿ كتاب بيع المراجعة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذ كر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه بمحماً للدینار أو الدرهم واختلوا من ذلك بالجلسة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يمد من رأس مال السلعة مما ائق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يمد من رأس المال ، والموضع الثاني اذا كذب البائع للمشتري فأخبرانه اشتراها بأكثر مما اشترى السلعة به أو وم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر في هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يمد من رأس المال مما لا يمد في صفقة رأس المال الذي يجوز ان يبنى عليه الربح ، الثاني في حكم ما وقع من الزيادة والنقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الاول ﴿ . فاما ما يمد في الثمن مما لا يمد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زاد على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يمد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يمد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يمد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فما الذي يحسبه في رأس المال ويحمل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يحمل له حظاً من الربح فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها . واما ما لا يحسب فيه في الامر من جميعاً فاليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالمسرة والطى والشد وقال ابو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابو نؤر لا تجوز المراجعة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفقة رأس الثمن الذي يجوز ان يجبر به فان مالسكاو الليث قال فحين اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادته فانه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشترى اعبدا راحم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلت اصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بمرض هل يجوز له ان يبيعها مراحمة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بجمعة الممرض أو بالمرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز لبيعها على ما اشتراه من الممرض ولا يجوز على القيمة وقال اشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشئ من الممرض ان يبيعها مراحمة لانه يطلابه بمرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فآخذ في الدنانير عرضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مراحمة دون ان يعلم ما قد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما قد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها مراحمة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي اعطى فيها او الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مراحمة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل اجله وقل ابو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

(الباب الثاني) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مراحمة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . اما باقراره . واما بينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار . اما ان يأخذ بالثمن الذي صح او يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان الزمه لم يوقل أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول بال لزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه بكل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط بمقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قبعتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن للمبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشئ هو ان كانت القبة أقل خير البائع بين رده للمشتري القبة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . واما اذا باع الرجل سلعة مراحمة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويحير المبتاع على ذلك الثمن

وهذا بعيد لا يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا قامت السلعة ان المبتاع يخير بين ان يعطي قبة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالنسيء الذي صبح فيه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبئ في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كماله ذلك في مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم . وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في النسيء وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التي تركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس ويبع وكذب وغش وتدليس ويبع وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذي بقي حكمه ان كان فات بحكم احدهما او بالذي هو ارجح له ان لم يفت حكم أحدهما . اما على التخير حيث يمكن التخير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لا نلقى يكتب الفرع أعني مذهب ابن القاسم وغيره .

﴿ كتاب بيع العربية ﴾

اختلف الفقهاء في معنى العربية والرخصة التي أتت فيها في السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب المالكي أن العربية في مذهب مالك هي ان يبيع الرجل ناقة نخل أو نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمري شراءها من المري له بخير صاعاً ثم اعلى شروط أربعة ، احدها ان تزهي والثاني ان تكون خمسة اوسق فدادون فان زادت فلا يجوز ، والثالث ان يعطيه النحر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه فقد لم يجز ، والرابع ان يكون الثمن من نصف ثمن العربية ونوعها فلي مذهب مالك الرخصة في العربية انما هي في حق المري فقط والرخصة فيها انما هي استئناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الخاف ان يذوقه من عنده ومن صنق الرطب أيضاً أعني التفاضل والنساء وذلك انه يبيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو المخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً وهو أيضاً تمر يتم الى اجل فهذا هو مذهب مالك فيما هي العربية وما هي الرخصة فيها ولن الرخصة فيها . واما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده

ففيها ليست للممرى خاصة وانما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة اوسق او ما دون ذلك جمره ثلها و روى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي يتباع به المربة ان يكون قد اؤقول ان تمر قاقيل القبض فسد البيع والمربة جائزة عندما لك في كل ما يبيع ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عندما لك والشافعي وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة اوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عندما لك الجواز قال الشافعي يخالف مالكا في المربة في اربعة مواضع ، أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثاني أن المربة التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز ، والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في عملها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعندما لك في كل ما يدخر ويبيع وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن المربة عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له اعني الممرى له لا الممرى وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من الممرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا في ان المربة هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استئثارهم من المزاينة ولا هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عندها من باب رجوع الواهب في هبتها كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمر بأخر صها وعمدة مذهب مالك في المربة انها بالصفة التي ذكرستها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب التخلات من حائطه فيسقى عليه دخول الموهوب له عليه فيبيع له أن يشتريها بأخر صها تمرأ عند الجذاذ ومن الحجّة له في أن الرخصة انما هي للممرى حديث سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص في المربة أن يتباع بأخر صها يأكلها أهلها رطباً يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بغيرها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كما نأمن كان لكن قوله رطباً هو تليل لا يناسب الممرى وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشتريونها به ولذلك كانت الحجّة للشافعي وأما ان المربة عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا المربة هي الهبة واختلف في سميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل

أجره إذا سألته ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتز » واعتل الشترط مالك نقد القن
عند الجذاذ أعني تأخيرها إلى ذلك الوقت لأنه تمرود الشرع بخرصه فكان من سنته أن
يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصاحبة بالقياس لأصل السنة وعنده أنه إذا
تطوع بعد تمام العقد بتجديد التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيها
دونها فلما رواه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرخص في بيع العرايا
بخرصها فبادون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وإنما كان عن مالك في الخمس الأوسق
روايان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف
بعينه إذا بيع فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص
لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها تمر أخرجه مسلم . وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن
خديج وسهل بن أبي حنيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن المزانية التمر بالتمر إلا
أصحاب العرايا فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهل الرطب والعريه عندهم هي اسم لما دون
الخمسة الأوسق من التمر وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من ثقلاته
هذا القدر فادونه خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لتوافقه في القدر
للهبة وقد احتج لذهبه بمار وأدبنا منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنا ما ز يدن ثابت وإنا غيره ما عرايا كم هذه قال فسمي رجلا
محتاجين من الأنصار رشكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أئى وليس بأيديهم
قد يتعاون به الرطب فأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن
يتعاونوا الرمايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم بأكلونها رطباً وانما لم يحجز تأخيرها التمر لأنه يبيع
الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في الرمايا ولم
يخص المعري من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم يحجز عنده المزانية وكانت أن جعلت بيعاً نوعاً من
المزانية رأى أن انصرفها إلى المعري ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب
فيها وهب باعطاء خرصها تمرأ وتسميته إياها بيعاً عنده مجاز وقد انتفت إلى هذا المعنى مالك في
بعض الروايات عنه فلم يحجز بيعها بالدرهم ولا بشئ من الأشياء سوى الخرص وإن كان
المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل أن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تطليق القياس على
الحديث وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع . منها أنه لم يبيعها بيعاً وقد نص الشارع على
تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزانية ورخص في الرمايا وعلى مذهبه

لا تكون العربية استثناء من المزاينة لأن المزاينة هي في البيع والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنى من النبي عن الرجوع في الهبة التي لم يبع فيها استثناء بنص الشرع وعصر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزاينة والله اعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليماً

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعني ان أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد في أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعاً منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولاً الى قسمين ، القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد ، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بديق الدليل على جوازها فلنذكر أولاً ما في ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما في ذلك القمعيين من المسائل المشهورة اذ كان قصداً انما هو ذكر المسائل التي تجرى من هذه الاشياء مجرى الامتياز وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدرا الاول . وحكى عن الاصم وابن عليه منتهى دليل الجمهور قوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما خرجه البخاري عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادي خرايتا وهو على دين كفار قر يش فدفعنا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيراً وأشراط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمتناهي في الاجارات في وقت التقديم معدومة فكان ذلك غرراً ومن يبيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع إنما يلاحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم استيفاءه على التواء .

﴿ القسم الاول ﴾

وهذا القسم النظريه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابله وصفتها . فاما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك في باب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما يملكه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اختلفوا عليها واختلفوا فيها فما اجمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النواحي وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واختلفوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة زو التحول . فاما كراه الارضين فاختلقوا فيها اختلافا كثيرا أقوم لم يحجزوا ذلك بته وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور يجوز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراهها فقال قوم لا يجوز كراهها الا بالدرهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراه الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ما يبيت فيها كان طعاما أو غيره وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراه الارض بماعدا انطعام فقط وقال آخرون يجوز كراه الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن يحجزه مما يخرج منها من الطعام وعن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراهها بكل شيء ويجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعنده من لم يحجز كراهها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن كراه المزارع قالوا وهذا عام وهو لا يملك لغتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين روى عنه قال حنظلة فسات رافع بن خديج عن كراهها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ به ومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأي من يرى أنه لا يخصص السموم بقول الراوي وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء

عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليرعها أو ليرعها ولا يؤاجرها فذهى هى جملة الاحاديث التى تمسك بهامن لم يحز كراء الارض وقالوا أيضاً من جهة المعنى انه لم يحز كراؤها لما فى ذلك من الضرر لانه يمكن أن يصيب الزرع باحاجة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن يتفيع من ذلك بشئ . قال القاضى ويشبه أن يقال فى هذا ان المعنى فى ذلك قصد الفرق بالناس لكثرة وجود الارض كما نرى عن بيع الماء وجه الشبه بينهما اتصال الخلقة . وأما عمدة من لم يحز كراءها الا بالدرهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها ورجل منح أرضاً فهو يزرع مامنع ورجل اكترى يذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى ما فى هذا الحديث والا حديث الاخر مطلق وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز كراءها بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليرعها أو ليرزعها أو ليرزعه أخاه ولا يكرها بثلاث ولا ربيع ولا يطعام معين قالوا وهذا هو معنى الحاقلة التى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكرها حديث سعيد بن المسيب مرفوعاً وفيه والحاقلة استكرها الارض بالحنطة قالوا أيضاً فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسبة وعمدة من لم يحز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يحز كراءها بالطعام وأما حجة على منع كرائها مما ثبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن الخبارة قالوا وهى كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من اجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز قياساً على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء ضمفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره فى حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء فى بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائر ما قال كئنا أكثر أهل المدينة حقلاً قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجها البخارى وأما من لم يحز كراءها بما يخرج منها فعمدة النظر والامر . أما الاثر فورد من النهى عن الخبارة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنارفاً قلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا تميمون بمعاقلكم قلنا نؤاجر على الربيع وعلى
 الاوسق من التم والشعر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازربوها أو زاربوها
 أو لمسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم . وأما من أجاز
 كراهها بما يخرج منها فصدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع
 الى يهود خيبر فخل خيبر وأرضها على أن يملوهم من أموالهم على نصف ما يخرج من الارض
 والتمر قالوا وهذا الحديث أولي من أحاديث رافعه لأنها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث
 رافعه حملناها على الكراهية لا على الخطر بدليل ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه
 قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيرا لهما أن
 يأخذن منه شيئا قالوا وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وم
 يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قومهم يروا في ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا
 ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه
 وسلم : انخذمؤذنا لا يأخذ على أذانه أجر أو الذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة
 وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستنجار على تعليم
 القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر
 الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فأتيينا على حي من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عندهذا الخير فهل
 عندكم دواء أو رقية فان عندنا معنوها في القيود فقلنا لهم نعم فحلقوا به فجعلت أقرأ عليه فاتحة
 الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع ريق ثم أتت عليه فكانما أنشط من عقال فأعطوني
 جملا فقلت لاحتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قال كل فلعمرى لمن أكل
 برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقوا بما روى عن أبي سعيد الخدري أن اصحاب رسول الله صلى
 الله عليه وسلم كانوا في غزاة فروا بحي من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحي
 قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل فاتحة الكتاب فيرى فأعطى قطيما من النعم فأبى ان
 يقبلها فسال عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم رقيته قال فاتحة الكتاب قال وما
 يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لي معكم فيها
 بسهم وأما الذين كرهوا الجمع على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجمع على تعليم الصلاة

قالوا لو لم يكن الجمل المذكور في الاجابة على تعليم القرآن وانما كان على الرقي وسواء كان الرقي بالقرآن أو غيره الاستعجار عند فاجاز كالإجلال قلوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الصحول من الابل والبقر والدواب فأجاز بذلك أن يكرى الرجل خلقه على أن يزوا كواما معلومة ولم يحز ذلك ابو حنيفة ولا الشافعي ويحتمل من لم يحز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب القحل ومن أجاز مشبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستعجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استعجار المنفعة أن تكون متقومة على غيرها فلا يجوز استعجار نخاعة للشم ولا طعام لزم بين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على غيرها فلا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدرام والدنانير وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الابهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا بتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن ففي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنًا في المبيعات وما لا يجوز وما ورد النهي فيمن هذا الباب ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب القحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان يحزم من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استعجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التي تكون ديونا على الذم وواقفه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بساع من الدقيق فسد ثمنه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجره الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالقهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردي يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح . والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من السحت كسب الحجام . وما روى عن أنس بن مالك قال : جرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جعيفة قال اشترى أبي حنيفة كسب الحجامة فقلت له يا أبا عبد الله لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نمن الدم . وأما من رأى اباحه ذلك فاحس بما روى عن ابن عباس قال : احتجهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا لو كن حراما لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله عليه وسلم : دعا اباطيبة فحجمه فسأله كم ضربتكم فقال ثلاثة أصبع فوضع عنه صاعا وعنه أيضا أنه أمر للحجامة بصاع من طعام وأمر مواله أن يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بركاهايته فاحتجوا بما روى أن رفاع بن رافع أو رافع بن رفاع جاءني مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجامة وأمرنا أن نطعمه ناخنا وباروى عن رجل من بني حارثة كان له حجامة وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عافنها فلم يزل يراجعها حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعلف كسبه ناخحك وأطعمه رقيقك .

﴿ ومن هذا الباب أيضا ﴾ اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآه من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فبهذه مشهورات مسائلهم فيها يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة . وأما ما يتعلق بوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بقايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية تمثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوادث واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء الرواحل وذبح أهل الظاهر وظائفة من الساف الى جواز اجارة المجهولات مثل أن يعطى الرجل حمارة لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الثمن ما امتنع في المبيعات واحتج القرقي الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما والخروجهما عن الاصول وانفق مالك والشافعي على أنهما اذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمد من الزمان محدودا وحددوا أيضا أول ذلك الامد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحدوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز

ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فتمعه الشافعي لانه غرر وأجاز له مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يحز الشافعي اذا كان أول العقد متخايعا عن العقد وأجاز له مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التخيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يحجز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تنفخ الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لاكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فلا اختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لقل المدة مثل أن يقول أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضر بان لذلك أمد أم معلوما قال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيك من هذه الصيرة بحساب التقدير بدرهم وهذا لا يجوز غيره * وسبب الخلاف اعتبار الجبل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الفرر المفقوع عنه أو المذمى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجاز له مالك ومنعه الشافعي وابو حنيفة ولم يحز مالك أن يقترب بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال ابو حنيفة لا يجوز لان عنده ان الانتفاع بهامع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظرف رفع الشافعي ذلك على الاطلاق واجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل اجير وأجاز ذلك ابو حنيفة في الظرف فقط * وسبب الخلاف هل هي اجارة بمجولة أم ليست بمجولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمنون . واما أنواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في البيعات ومن شرط الصفة عنده كز الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحمل

الذى تستوفى به منفعة الركوب وعند مالك أن الركب لا يحتاج أن يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعياها الى من شرط صحة العقد اشترط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الائمة ان يعجل العقد عندما لك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة النسق عنده أن لا يشترط فيها العقد الا بمداوى واختلقوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيارات أم لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لا يجوز فهدى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى حال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالقساد اذ لم يكن على ذلك وبقي النظر فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات ﴾

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة ننحصر فى مجلتين ، الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارى عليه ، الجملة الثانية فى أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشارة الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

﴿ الجملة الاولى ﴾ ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءه فجزءه بحسب ما يقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك أو يكون هناك ما يوجب التقديم مثل ان يكون عوضا معيناً أو يكون كراءه فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من الموضع والشافعى كانه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فى ان كترى دابة أو دار أو ما أشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك بأكثر مما كتره فأجاز مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب بيع ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضاً فانه من باب بيع ما لم يقبض واجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً وعن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفیان التورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبهة بالبيع ومنها

ان يكرى الدار من الذى أكرأها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكان رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها إذا أكرى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرر به مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور للمسكرة فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أن باب الدور وروى عنه أنه على المكثري وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفتاوى التى تدخلها قوم ونخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليس من الدار هل يلزم رب الدار إصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب .

(المجلة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارىء) الفصل الاول منه وهو النظر فى القسوخ فتقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالاجل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينسخ به فذهب جماعة فقهاء المالكا والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينسخ الا بما ينسخ به العقود اللازمة من وجود السبب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارىء على المستأجر مثل ان يكرى دكاناً يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أو فوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينسخ ببيعها أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاة غنم باعياها أو خياطة قبض بعينه فهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتى بغير مثله ليرعاها أو قبض مثله ليخطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافاً فى المذهب وانما ذلك على قسمين ، أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما قصد عينه أو مما لا قصد عينه فان كان مما قصد عينه انسخت الاجارة كالظن اذا مات الطفل وان كان

مما لا يقصد عنه لم ينسخ كالأجرة على رعاية الغنم باعياها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة أنه إذا استأجر على غنم باعياها فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو الثقات منه إلى أنها تنسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الفرر فلم يحز الكراء عليها إلا بشترط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعنى المكري أو المكترى فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحق وأبو نؤول لا ينسخ وبورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم ينسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية أن الموت قلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعنى أنه لا يجوز فلما كان لا يجمع العقدان معاً غلب منها انتقال الملك والابن الملك ليس له وارث وذلك خلاف الإجماع وربما شبهوا الأجرة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع وانكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزأً جزأً بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الأجرة فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حتماً وجب عقد في غير ملك المالك وذلك لا يصح وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة بحجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعندما لك أن أرض المطر إذا كريت فنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم يثبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينسخ وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انتضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوانح التي تصيب الزرع لا يحيط عنه من الكراء شيء . وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما أنه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت . أنه تنسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصوداً فإنه لا ينسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان فأما الكراء الذي يكون في الذمة فإنه لا ينسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الذمة وفرع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني وهو النظر في الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتدعى أو ما كان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتدعى فيجب على المكرمى بائناق والخلاف انما هو فى نوع التدعى الذى يوجب ذلك أولا يوجب به وفى قدره فن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فىمن ا كترى دابة الى موضع ما فتدعى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انقد عليه الكراء فقال الشافعى وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشتركة ومثل كراء المسافة التى تدعى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى ان يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تدعى فيها أو بضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعددة ولا خلاف انها اذا تلفت فى المسافة المتعددة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تدعى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله ان تدعى على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى انه قد تدعى عليها فيها تسهبا فتشبهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبى حنيفة فبيد جدا عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعى وعند مالك ان عتار الدابة لو كانت عثو رأت تدعى من صاحب الدابة بضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تدعى الامن جهة المصلحة فهم الصنائع ولا خلاف عندم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ما عدا حمل الطعام والطحان فان مال كاضمه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تزددين الصنائع ما ادعوا هلاكا من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف بضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا بضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص و بضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعى قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر وقيل هو الذى لم يتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك بضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر و بضمن الصنائع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير القم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين ان يعملوا باجر أولا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر انما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر

فالمنفعة لكلهما فالبتة منفعة القابض أصله القرض والمارية عند الشافعي وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في نفسه شيء شذريمة والاجر عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالعدوى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذأشهب فضمن الصانع ما قامت البيئة على هلا كه عندهم من غير تعد منهم ولا يربط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البيئة على هلاك المصنوع وستط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلا كه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجر لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لا يحمي عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول المواز اقيس وقول ابن القاسم أكثر نظراً الى المصلحة لانه رأى ان يشتري كوافي المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الا من المومج وأصل مذهب مالك ان الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمل في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تفريط من الاعمال مثل ثياب الجوهر وتتش القصص وتقوم السيوف واحترق الخبز عند القران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

❦ الفصل الثالث ❦

وهو انظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصانع رد ما استصنعه فيه وأنكر ذلك الدافع قال قول عند مالك قول الدافع

وعلى الصنائع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع ان كان مادفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم بينة فلا يرمون الا بينة واذا اختلف الصانع ورب المطاع في دفع الاجرة فالشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع عينه ان قام بمحدثان ذلك وان تناولوا القول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكري والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفقة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجيرة القول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الراحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو ان يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينتقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفاً وفسخ الكراء على أعظم المسافتين فاجعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى فقد أو لم يتقد لانه مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعاً في المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة قرطبة أكثرت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لاضرر عليهم في الرجوع تحالفاً وتفاسخاً وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينتقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم بدينارين وان كان المكترى قد اتى الثمن الذي يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان

القول قول رب الدابة في المسافة ويسبق له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه إذ هو مدعى عليه في بعضه وهو قول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبهه إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقرب به المكترى على المسافة كلها فأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب .

* ————— *

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الجمل ﴾

والجمل هو الأجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الخذاق والتاشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في السير بشرطين ، أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلاً ، والثاني أن يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازوه قوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الأباقي والسؤال وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الفر والذي فيه قياساً على سائر الأجازات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجمل لا يستحق شئ منه إلا بنهاى العمل وأنه ليس بمقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جمل أو أجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهاباً إلى أن حكمها حكم الجمل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبح ان ليج فهو جمل وان لم يلجح فهو أجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحلله وشرطه وأحكامه ومحلله هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجماعل بجزء منه لأنه إذا انتفع الجماعل بجزء مما عمل الملتزم للجمل ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجمل عليها وقبلنا على حكم الجمل أنه إذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجمل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجماعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جمل

أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أولاً يجوز مثل اختلافهم في الجعالة على حفر الآبار وقالوا في المغارسة أنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يفرس فيه عدد آمن الثمار معلوماً فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه كان في الجاهلية قاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يصجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلقوا فيها هو تعدد ما ليس يتعدو وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يفتون به شرط يزيد في جملة الربح أو في الثمن الذي فيه وان كان اختلقوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفة وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم.

﴿ الباب الاول في محله ﴾

أما صفة فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فأنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدرهم واختلفوا في العروض فجمهور قبحها على ما مضى على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى لىلى وحجة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضاً كان غرضاً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما يريد وهو يساوى قيمة غير ما يقبض رأس المال والربح مجهول وأما أن كان رأس المال مائة بيع العروض فإن ما كان منه والشافعى أيضاً وأجازوه أوجنفه وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنعهم أن

ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضاً ما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك أن أعطاه العرض بالتمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ولعل هذا هو الذي جوز به ابن أبي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فاتهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا إنما هو على أن يجعل أصل المال التمن الذي اشترى به الثوب ويشبه أيضاً أن جعل رأس المال التمن إن تبهم المقارض في تصديقه رب المال بجرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنع ابن القاسم وأجاز ما شبه به قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يحجز أن يعطيه له قرضاً قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فخافة أن يكون أعسر بما له فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزديه فيكون الربا المنهي عنه وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا في من أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يحجز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لأنه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله ، وأما صفتة فهي الصفة التي قدمناها .

* (الباب الثاني في مسائل الشروط) *

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى محالة زائدة ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعتد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لأنه يصير ذلك الذي انعتد عليه القراض مجهولاً وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق بشرطه أحدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل فن ذلك

اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فذلك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذا كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لأنه ان كان خسران فليس رب المال وبهذا يفرق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبّهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلقوا في المقارضا بشرط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس مامن السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع مالتجارة أو تعيين صنف مامن الناس بتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الآن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً مامن أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضيق على المقارضا فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كالمواشترط عليه أن لا يشتري جنساً مامن السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازوه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فليحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزها انه تعود حصّة العامل ورب المال بمجهولة لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبهها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فإنه لا يجوز بائناً وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع الشرأ والنصف الاربع العشر أو الرابع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكناً ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارضا باطلا وهل يجوز

ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال قيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للعلام نصيب من المال فأجاز مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يمارض الرجلين ومن لم يحجز ذلك رأى انها زيادة ازادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللعلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حفظ العامل يكون عنده مجبولا .

✽ القول في أحكام القراض ✽

والاحكام منها ما هي أحكام القراض الصحيح ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد أعني أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد ما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن الاذم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشترط العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمانة كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكنوا أمانة كان لهم أن أتوا بأمين . وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث ذلك ألزمه بعد اشرع في العمل لما فيه من ضرور آمن العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم خسر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فهل يكسبه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقاء المال بعد الذي هلك هل لذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهل منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يحجز حتى يفصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول . وقال ابن حبيب من اصحاب مالك إنه يلزمه

القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلم أوقات وجوب القسمة وهي من أحكام القصد واختلقوا هل للعامل غفته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال . فقال الشافعي في أشهر أقواله لا حقيقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال . وقال قوم له حقيقة وبه قال إبراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي . وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء إلا أن مالكا قال إذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري يثنى ذاهباً ولا يثنى راجعاً . وقال الليث يتعدى في المصرو ولا يمتشي وروى عن الشافعي أن له حقيقة في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا حقيقة له في المرض وحجة من لم يحزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يحز أصله المتافع وحجة من أجاز له أن عليه العمل في الصدر الأول ومن أجاز له في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال وإن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيته ولا غيرها .

(القول في أحكام الطوارئ)

واختلقوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك قال للعامل مصدق فيما عاده من الضياع . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل برده ويحير به رأس المال ثم يفتسمان فضلاً أن كان هناك واختلقوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلمة ما قبل أن يتقدمه البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال بخير إن شاء دفع قيمة السلمة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وإن شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل إلا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين ولا يفتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا أعني ثمن تلك السلمة التي تلقت أولاً والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلقوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ففكره ذلك مالك وأجاز له أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز له الشافعي بشرط أن يكون ناقدتبايعاً عيلاً يضارب الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون برخص له في السلمة من أجل ما قارضه فكان رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا اعتراف خلافاً بين فقهاء الامصار أنه إن تكارى العامل على

السلع الى بلد فاستغرق الكرا قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليحججه بها فان كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيحججه به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز . وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما ومحنة مالك انه كالا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمر به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يحزمه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجازوه واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ماعد مال كاهوتعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع اليه فيوفيه حظه بما بقي من المال . وقال المزني عن الشافعي ليس له الا أجره مثله لانه عمل على فساد .

« القول في حكم القراض الفاسد »

واختلفوا على أن حكم القراض انما يفسد فسخه ورد المال الى صاحبه من غت بالعمل واختلفوا اذا فاق بالعلم ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال ، أحدهما أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب ، والثاني أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز أبي سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما ساهم وانما له الاقل مما ساهى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذي سمي له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضى الزيادة التي من قبلها ففسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال ما ليس بنقد أحدهما عن صاحبه الى اجارة مثله في كل منفعة اشتراطها أحد المتقارضين خالصه لاشتراطها

مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختار ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الأكثر . قال إن فيها أجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمه الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال إن مذهبه أن كل قراض فاسد فيه أجرة المثل إلا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالبروض والقراض بالضمان والقراض إلى أجل والقراض المبهم وإذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه حلقا على دعواهما وإذا دفع إليه المال على أن لا يشتري به إلا بالدين فاشتري بالنقد أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشتري غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد إلى علة واحدة والأفوه اختلاف من قول ابن القاسم وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم أنه فصل فقال إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة زيادة أداها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل والاشبه أن يكون الأمر في هذا بالعكس والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أولم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه والإفلاش له .

في اختلاف المتقارضين * واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لأنه عندهم مؤتمن وكذلك الأمر عنده في جميع دعاؤه إذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتماسخان ويكون له أجرة مثله * وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجود الثمين على المدعى عليه هل ذلك لأنه مدعى عليه أولا لأنه في الأغلب أقوى شبهة فن قال لا به مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لأنه أقواهما شبهة في الأغلب قال القول قول العامل لأنه عندهم مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً)

﴿ كِتَابُ الْمَسَاقَاتِ ﴾

(القول فى المساقاة) اما أولاً فى جوازها والثانى فى معرفه الفساد والصحة فيها والثالث أحكامها .

﴿ القول فى جواز المساقاة ﴾ قاما جوازها فمليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلاً وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخسل خير وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم شطر نجرها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقام على نصف ما يخرج من الارض والثمرة وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عبد الله بن رواحة فيحصر بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فمعدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود بمحفل ان يكون أقرهم على انهم عبيد وبمحفل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزايعة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضعون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضعن نصيبكم وهذا حرام باجماع ور بما قالوا ان النهى الوارد عن المخاربة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان المخاربة هى كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا وما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود وما روى من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض

روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني عما جاعل من أنه صلى الله عليه وسلم ساقهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾ والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشتربة في أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

﴿ الركن الأول في محل المساقاة ﴾ واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الأصول غير الثابتة كالقناني والبطيخ مع تجزئ صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار فإنه أجازها فيه إذا ثبتت قبل أن تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها عملها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك إلى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علفت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فأما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالخصر وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخصر في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زيباً كما تؤدى زكاة النخل تمر أو دضع داود حديث عتاب بن أسيد لأنه مرسل ولأنه أغرب به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع التمار هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل يحزم من النخل أو يحزم من النخل ويحزم مما يخرج من الأرض فذهب إلى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد وأثوري وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة إلا في التمر فقط وأما مالك فقال إذا كانت الأرض تبعا للتمر وكان التمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأها جأ منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فادونه أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من التمر فادونه ولم يحجزان

بشترط رب الارض ان يزورع اليياض لنفسه لانهاز يادة ازداداعا عليه وقال الشافى ذلك جائز وحجة من أبجاز المساقاة عليهما جميعاً أعني على الارض بحصة مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يحجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج . وقد قدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة باللفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما محمد بن مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافى وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة فى البقل وإنما أبجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال آخر مثل الابار وغير ذلك . وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو العمل الذى تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

(الركن الثانى)

وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سدد الحظار وتنقية العين والسانية . وأما مالك فقال فى الموطن السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سدد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجد الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخوله فيها بنفس العقد . وقال الشافى ليس عليه سدد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوائى والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافى هو على العامل الا أن مالكاً قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافى لا يجوز شرطه وتنسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير فى اصلاح الثمر وعمل له تأثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه ما يتأيد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذى له ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الذى ليس منه . وأما ما له تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفرة بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يحبنى فيه الثمر . وأما ما له تأثير فى اصلاح

التمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس المقد وذلك مثل الحفر والسقي وزر السكرم وتقليم الشجر والتزكير والجذذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والمبيداته ليس من حق العامل واختلقوا في شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما أن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد ابن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهته ذلك ما باحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازهم رأى أن ذلك نافه ويسير ولتعدد الحكم بين هذين الأصلين استحسنت مالك ذلك في الرقيق الذى يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لأن اشترط المتفعة في ذلك أظهر وانما فرق محمد ابن الحسن لأن اشترطها على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على أنه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهده هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

* (الركن الثالث) *

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء التمر فأجاز مالك أن تكون التمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل ان ذلك منتهى لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشترط متفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنائير ولا شيئا من الأشياء الخارجة عن المساقاة الا الشئ اليسير عند مالك مثل سد الحظائر واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عندما لك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والاخر على جزء آخر واحتج فعلمه عليه السلام في خير وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة تجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في التمر لا تكون الا بالسكيل وكذلك في الشركة وانها لا تجوز بالحرص وأجاز قوم قسمتها بالحرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلف الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من التمر وبه وبه يجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وسجة الجمهور أن ذلك يدخله القسامة من جهة المزاينة بدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسبته وسجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبهها بالمرية وبالحرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه

في ذلك ما جامعن الخرص في مساقاة خير من مرسل سعيد بن النسيب وعطاء بن يسار .

* (الركن الرابع) *

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترك في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لدلتها . فأما الوقت المشترك في جواز عقدها فهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلقوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز إذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدو صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وإنما هي إجارة أن وقعت وصحة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن ينخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها أعني عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فإن الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولاً أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الثمر قياساً على الإجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكرمها لك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجد لا بالاهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلقوا في ذلك فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الإجارة وهو قياس قول سحنون

* (القول في أحكام الصحة) *

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورة المساقى أن يأبوا بأمين يعمل أن لم يكونوا أمناء وعليه العمل أن أبى الورثة من تركته . وقال الشافعي إذا لم يكن له تركه سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد وإن كانت له تركه لم يمتعه المساقاة . وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك إذا عجز وقد حن بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن لم يكن له شيء استأجر من حظه من الثمر وإذا كان

العامل لصاً أو ظالماً لم يفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعي إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصا بهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء وإذا اختلف رب المال والعامل في متمادار وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه إذا أنى بما يشبهه . وقال الشافعي يتحالفان ويضاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها

(أحكام المساقاة الفاسدة)

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تنف بالعمل واختلفوا اذا قامت بالعمل ماذا يجب فيها فقيس إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك فقل في مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل قاتها ترد الى مساقاة مثلها ، احداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع ، والثانية اذا اشترط المساق على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة اذا ساقاد في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا خفيها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك لما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى اجرة المثل مثل أن يساقه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساد من قبل الثمر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه برد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساق اقل ان كان الشرط للمساق وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصبه وسلم تسليماً)

(كتاب الشركة)

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع . شركة العنان . وشركة الأبدان . وشركة المفوضة . وشركة الوجهة واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ماسياتي بعد الثلاثة تختلف فيها وتختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة . الأول عملها من الأموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الأول)

فأما عمل الشركة فتمه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدرهم وإن كانت في الحقيقة بيماء لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر وبالطعام الربوي إذا كان صنفاً واحداً فهنا ثلاث مسائل .

(المسألة الأولى) فأما إذا اشترك في صنفين من العروض أو في عروض ودرهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع

جزأ من عرضه بحظه من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تنمقد الشركة الا على أيمان العروض وحكي أبو حامد أن ظاهر مذهبه الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا يجوز الا بالدرهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدرهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز والبلغ قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قولييه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تقتصر الى الاستواء في القبة والبيع فتقتصر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القبة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولاً يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطاً اما حساً واما حكماً مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقاً عليهما وقال الشافعي لا تصح الشركة حتى يختلط مالهما خلطاً لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشتراط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعي اشتراط الى هذين الاختلاط والقعدان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان التصح يوجد منه لشريكة كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

﴿ فاما الركن الثاني ﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تاباً لرؤس الاموال أعني ان كان أصل مالى الشركة متساو بين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعي

ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فمكأنه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يحز كذلك إذا اشترط جزأ من الربح خارجاً عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطفا علىه والعامل ليس بحمل مقابلة الأعمال فقط كان في الشركة أخرى أن يحمل للعمل جزء من المال إذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملاً فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً للفضل عمله على عمل صاحبه فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك.

﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذي هو العمل فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجوز الشركة إلا أن يكون مالا ماضياً متساوياً بين الشريكين في العمل فالتساوي في المال المستوفى إذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير ثم يخطأ بينهما حتى يصير مالا واحداً لا يتميز على أن يديما أو يشتر يمار أيمن أنواع التجارة وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصيبين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترط هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً للمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركة أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه.

• (القول في شركة المفاوضة) •

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجسلة على جوازها وإن كانا يختلفان في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عنده في جميع أنواع الممتلكات وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الثمرة مشتركة إلا باشتراك أصولها وأما إذا اشترط كل واحد منهما بحضرة صاحبه في ملك نفسه فذلك من العرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله لم يحز من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست

هي بيعاً وكالة وأما أبو حنيفة فهو هاتنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبو حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤس الأموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحد مما شئ إلا أن يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما .

(القول في شركة الابدان)

وشركة الابدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم إذا كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائين في الغنمة وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل وماروى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوماً بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضاً فإن المضاربة إنما تقدم على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنمة خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الفرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

(القول في شركة الوجوه) *

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما مدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الفرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعقدانه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لآمن العقود اللازمة أى لأحد الشريكين أن يتصل من الشركة متى شاء وحي عقد غير موروث وحقنهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقرر بأني العيال ولم يخرجها عن ثقة مثلها ويجوز لأحد الشريكين أن يبيع وإن يراض وإن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر ان لم يشهد وله أن يقبل الشيء المبيع في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز ونحو زافاته وتوليتيه ولا يضمن أحد الشريكين مذهب من مال التجارة بائناً ولا يجوز للشريك المفاوض أن يراض غيره إلا بأذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين * القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه * القسم الثاني في أحكامه .

(القسم الأول)

فأما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة

(الركن الأول)

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم إذا

بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لاشقة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضاً أن رسول الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصبح ما روى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب إلى إذا كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في استناده توهيناً له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأمر ما ذكره من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصفقه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال: جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لم أيضاً أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه وأن من اشتري شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تمارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجع ما شهدت له الأصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثاني)

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك أنه في ثلاثة أنواع، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينتقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار

وفيهما عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ماعدى هذان المروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في اكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذي عليه الدين أحق به وكذلك الذي عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلفا في إلجائها في الكتابة لحرمسة العتق وقفاء الامصار أن لا شفعة الا في العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يحز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في الرصة والطريق ووافق الشافعي ما لكافي الرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في النمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به. وأما عمدة من أجازها في كل شئ* فآخريه الترمذي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شئ* ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شئ* وان كان في العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى: لا شفعة في بئر ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصخاري التي تعمل في الارض الموات لا التي تكون في أرض مملوكة.

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقام أم من جاره عنده من يرى الشفعة للجار واختلفوا فحين انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بموض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنائيات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بموض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق. وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا بيع حتى يستأذن

شريكة . وأما المالكية فترأت أن كل ما انتقل بموضع فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة وانفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلقوا إذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرح الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فمن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاشراك أو الجانب فلم يرها في الاشراك ورأها في الجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بما إذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بما إذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بانتمى أن كان حالا واختلقوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بانتمى إلى ذلك الأجل أو يأخذ المبيع بانتمى حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتي بضامن ملي . وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والانتأخر إلى وقت الأجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها إلا بالتقديلا نها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنامن يقول تبقى في بد الذي باعها فاذا بلغ الأجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعامضات مما ليس ببيع فالملوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر مثل أن يكون معطى في خلع وأما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكبلا ولا موز وناقاته يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وإن كان ذلك الشيء محدودا التقدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بديهة الموضحة أو المنقلة . وأما كما يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما أن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما إذا كان المشفوع عليه

واحد أو الشفعةاء أكثر من واحد فانهم اختفوا من ذلك في موضعين، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم، والثاني اذا اختلقت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لا لهم عصبية .

(فاما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يتمسونه بينهم على قدر حصصهم فن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص ثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستغاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل أصله الا كرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصصه فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ورمحاشبهوا ذلك بالشركاء في البديعة بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتق على السوية أعني حظ من يعتق

(واما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصبية في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو والعصبية في الشفعة أهل السهام المقدرة يدخل ذو السهام على ذوي التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تباع البنت الواحدة حفظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته اخفا فقط دون ابني الم وان باع أحد ابني الم نصيبه يشفع فيه البنات وابن الم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهام على العصبيات ولا العصبيات على ذوي الاسهام وينشأ عن أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قوله يدخل ذو السهام على العصبيات والعصبيات على

ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال المعير من أصحاب مالك وعمد مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبية ومن خصص ذوى السهام من العصبية فلا نه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام وبين العصبية فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل عالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبية ولم يدخل العصبية على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام اقدم من العصبية . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثروا زاد الشفع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إمان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقة من رجل فاداد الشفع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فان أباحنفة منع ذلك وجوز الشافعى . وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي فى البيوع فالجمهور على ان للمشتري ان يقول للشريك إمان تشفع فى الجميع أو ترك وأنه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وأنه ليس له ان يعض الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا للمشتري لم يكن للشفع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعة غائبا أو بعضهم حاضر فأراد الحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم النائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واخفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة فى حال البيع وان تكون نابتة قبل البيع . فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكاً فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يترأخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكاً فروى أشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختر أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيع حظه .

واما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقة فى أرض قديم منها قبل

وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشتري فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما من يأخذ وهو له الشفعة فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفيعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر انه قال : الجار أحق بصقيبه أو قال بشفيعته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً فان الغائب في الاكثر موقوف عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفرق الثاني ان سكوتهم مع العلم قربة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان القهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وأبو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفيعته الآن أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فله قولان وهو غير محدود وانها لا تنقطع أبداً الا ان يحدث المتابع بناء أو تغييراً كثيراً بغيره وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الا شهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام : قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتقد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعي لان عنده أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعقد الاثر فهذا القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول في الاحكام .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿ القول في أحكام الشفعة ﴾ وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فنذكر ذلك اختلافاً في ميرات حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه

لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عمدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشرىك بعد حصول ملك المشتري ومحتسبه فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر ان الشفعة انما وجبت للشرىك بنفس البيع فطر وهما على البيع فسخ لا وعقدها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عمدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع بطلب شفيعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بناءه مقلوعاً أو يأخذه بتقصه * والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه المالم بوجود الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه الهدى قال له ان يأخذه بتقصه أو يعطيه قيمته متوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشترت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشترى به بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وحلف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشتري قد أقر له بوجود الشفعة وادعى عليه متدارأمن الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه بالتبعين فان أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بالتبعين وفيما لا يشبه بالتبعين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغيره فحين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى بكل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أتى بكل واحد منهما بينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشتري لا تهازادت عليها .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما

(كتاب القسمة)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « وإذا حضر القسمة أولوا القربى » وقوله « مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه ، والقسمة * والنظر في القسمة في أبواب . الباب الأول في أنواع القسمة ، الثاني في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

(الباب الأول)

والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين . قسمة رقاب الاموال . والثاني منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التي لا تنكال ولا توزن فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام . قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل و قسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل . و قسمة مرضاة بغير تقويم ولا تعديل . واما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثاني)

واما الرقاب فانها تنقسم إلى ثلاثة أقسام * ما لا ينقل ولا يحول وهي الرابع والاصول * وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والمرض واما مكيل أو موزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول . الاول في الرابع . والثاني في المرض . والثالث في المكيل والموزون .

(الفصل الاول)

فاما الرابع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اهما قاجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمه لا تخلوا أن تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجوز الشراكاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصبر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر التقديم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل التسمية وان كان لا يرعى في ذلك قصاص الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك او كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصبر في حظه كل واحد ما ينفع به لم يقسم وان صار في حظه بعضهم ما ينفع به وفي حظه بعضهم مالا ينفع به قسم وجبر وعلى ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل او الكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم استقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشرىكين وبه قال أشهب وقان ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمه قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمد من رأى القسمه قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم يقسمه حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمه بينهم وأما اذا كانت الرابع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمه وقال ابو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدة فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخلى على الشراكه من القسمه وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار قائم بنفسه لانه يتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . واما اذا كانت الرابع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها

حوائط ومنها أرض فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهم ومن شرط قسمة الحوائط المقررة أن لا تنقسم مع الثمرة إذا بدت أصلاً باعقاً في المذهب لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك منابذة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يميز ذلك قبل الأباريحال من الأحوال ويعتدل لذلك لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلاً ولذلك زعم أنه لم يحزم مالك شراء الثمر الذي لم يطلب بالطعام لا نسيئة ولا نقد أو أمان كان بعد الأباريح فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الأباريح ولا يجوز قبل الأباريح فكان أحدهما المشتري حفظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالفرعة أن تقسم القرية وتحقق وتضرب أن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها فإذا قمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطنق اسماء الاشراك واسماء الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها وقيل يرمى بالاسماء في الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعفه حتى يتم حفظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمه إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الأثر الثالث الذي جاء فيه أن رجلاً اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

* (الفصل الثاني في العروض) *

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك واختلوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشيعاء وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يحجر على ذلك فإن أراد أحدهما

أن يأخذه بالقضية التي اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجوز لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما وضع أنه ليس بقول به أحد من قهات الإمبراطور الامالك ولكنه كالضرورة في بعض الاشياء. وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلوا في قسمتها بالتعديل والسمة فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي يجوز فيه السمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض. وأما ابن القاسم فاضطرب مرة أجاز القسم بالسمة فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومنع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف وإن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم قبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخبز والحريز والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسمة مع التراضي وذلك ضعيف لأن الفرار لا يجوز بالتراضي.

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا يجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضاً لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائد أن كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزأً بغير كيل ولا وزن. وأما إن كانت قسمته تحريماً فليس لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريماً وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكان صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالمكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنعة المعروفة فيما يوزن لأنه إذا كان بمكيل مجهول لم يمكن يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير. وأما إن كان مما يجوز

ففي التفاضل فيجوز قسمته على الاعمال والتفاضل بين المعروف بالمكيل المعروف أو
الصنعة المعروفة أخصى على جهة الجمع وإن كانا صنفين وهذا الجواز كلف في المذهب على جهة
الرضا. وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صيرة الاعلى حدة وإذا قسمت كل صيرة على
حدة جازت قسمتها بالكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب

(القول في القيسم الثاني وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أهلها ولا
تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة
المنافع هي عند الجميع بالمأية وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو
أن ينشع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه. وأما قسم الاعيان بأن يقسم
الرقاب على أن ينشع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل
الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالازمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة
لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة تجوز راحة
الارض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول ولا ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز
عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع
وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع
واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فتبيل ان يوم الواحد ونحوه وقيل
لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فتبيل يجوز في مثل الخمسة الايام وقيل
في الشهر وأكثر من الشهر قليلاً وأما التهاؤ في الاعيان بأن يستعمل هذا دار أمدة من الزمان
وهذا دار أمدة المدة بعينها فتبيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك
في الثمة والكراء الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهاؤ بالازمان وكذلك القول في
استخدام العبد والذواب جرى القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالازمان فهذا هو
القول في أنواع القسمة في الرقاب وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمفسدة وبقي من هذا
الكتاب القول في الاحكام .

﴿ القول في الأحكام ﴾

والقسم من العقود اللازمة لا يجوز للمتسلمين تضمها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة بائناً في المذهب إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب فإنه لا يحتل على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فإن وجد في جل نصيبه فإنه لا يحتل أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فإن كان قد فات رد الواجب للعيب بنصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذي يفت الرد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لأن التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق وإن انفسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وبحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب أن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت . ورجع معه شريكاً في يده وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يده وإن كان يتيمراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق ما في يده أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيمثل طواريء الدين على التركة بعد القسمة أو طرأ الوصية أو طرأ ووارث فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما إن طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب هو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض إلا أن ينفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً إن القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظ له لم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظ له بأمر من السماء فلا يرجع عليه شيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أناء الذين وقيل يل تنقض القسمة ولا بد لخلق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أودين) وقيل يل تنقض إلا في حق من أعطى منه ما يتوبه من الدين وهكذا الحكم في طرأ الوصى

له على الورثة . وأما طر والوارث على الشركة بعد القسمة وقيل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنقض القسمة . وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك ميكلاً أو موزوناً وان كان حيواناً أو عرضاً انتقضت القسمة وهل يصمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه قبيح بل يصمن وقيل لا بضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الرهن)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الرهن والرهن والمرهن والشئ الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الاول)

فاما الرهن فلا خلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى رهن لمن على النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عندما لك وقال الشافعي رهن لمصلحة ظاهرة ورهن المكاتب والمأذون عندما لك قال سحنون فان ارتهن في مال أسلفه لم يجوز به قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على أن المقلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعني هل يلزم أم لا يلزم قال مشهور عنه أنه يجوز أعني قبل ان يغلس والخلاف آيل الى هل المقلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون رهنأصح ان يكون مرهنأ

(الركن الثاني)

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط ، الاول ان يكون عيناً فانه لا يجوز ان يرهن الدين ، الثاني أن لا يتمتع اثبات يد الرهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يميز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبني على البيع ، الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عندما لك ان يرهن ما لا يحمل بيعه في وقت الارتهان كالزروع والتمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا اذا بد اصلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي

قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلحه وبيع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازُه . ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالذئبة والدرهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستماراً واستقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بنصب ثم أقره المفضوب منه في يده رهنأ فقال مالك يصح ان ينقل الشيء المفضوب من ضمان النصب الى ضمان الرهن فيجعل المفضوب منه الشيء المفضوب رهنأ في يد الناصب قبل قبضه منه . وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان النصب الا ان قبضه . واختلفوا في رهن المشاع فنه أبو حنيفة وأجازاه مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن

(الركن الثالث)

وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن في جميع الامكان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقد الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن الا في السلم خاصة أعني في السلم فيه وهو لا يذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية «يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي النصب وفي قيم المطلقات وفي أروش الجنائيات في الاموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التي اقدمها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولي قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود ، والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضاً مبني على أن ليس للولي الا القود فقط اذا أتى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن عن تعيين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في المارية التي تضمن ولا يجوز فيها لا يضمن ويجوز أخذها في الاجارات ويجوز في الجمل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له

شرائط ثلاث ، أحدها أن يكون ديناً طاهراً لا يرهق في حينه ، والثاني أن يكون طاهراً طهراً ، والثالث أن لا يرهق قبل الرجوع على أن يستقر منه بما يستره ، ويجوز ذلك عند الله تعالى ، ولا يجوز أن لا يكون نكراً من مبيعها ، أن يجب وأن لا يجب كالرهن في الكسبة وهذا المذهب غريب من مذهب مالك .

(القول في الشرط)

والشرط الرهن فالشرط المنطوق به في الشرع ضربان شرط صحة وشرط نكاح فأما شرط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهناً فشرطان ، أحدهما ماضٍ عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض ، والثاني مختلف في المشقة فالمقبض فاقبضوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فهران مقبوضة » واختلقوا هل هو شرط عام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجوز الرهن على الاقباض إلا أن يتراخى المرتين عن المطالبة حتى فليس الراهن أو يرضى أو يموت فذهب مالك إلى أنه من شرط تمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شرط الصحة وعمد مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة القير قوله تعالى « فهران مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن لا يكون هناك كاتب لقوله تعالى « ولم تعبدوا كتاباً فهران مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد إلى يد الراهن باذن المرتين بسارية أو ودعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس باستدامة القبض من شرط الصحة فمالك عم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى « فهران مقبوضة » وجود القبض واستدامته والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانقضى فلا يحمل ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة وانتهوا على جوازها في السفر واختلقوا في الحضر فذهب الجمهور إلى جوازها وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى « وإن كنتم على سفر » الآية وتسلط الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم

المحتج على البعض فهو ان يرضى الرجل وهما على أنه ان جاء بمخته عند أجله والا فالرهن له فاختاروا على أن هذا الشرط يوجب القبض وأنه معنى قوله عليه السلام: لا ينلق الرهن .

(القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحتكام)

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للرهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إمام من حس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمام والاشافى . اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يسكن حتى يؤدي الرهن ما عليه فان لم يأت به عند الأجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الرهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الرهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز وكراهه ما لك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بحملة الحق المرهون فيه وبعضه أعنى الله اذ ارهته في عدد ما فادى منه بعضه فان الرهن باسره يبقى بمديد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن قدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس حتى فوجب أن يكون محبوساً بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت ونجدة التريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوساً بابعاضه أصله الكفاية

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الفلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعنى الذي يحدث منه في يد المرتهن ومن قال بهذا القول الشافى وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية . وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراه الدار وخراج الغلام وعمدة من وأى أن نماء الرهن وغلة للرهن قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن مخلوب ومر كوب قالوا وجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مر كوب ومخلوب أى يركبه الرهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك متناقض لسكونه رهننا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضاً ان يكون معناه أن المرتهن يركبه ويحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك ان أجرة ظهوره بدو فقتته عليه

واستدلوا أيضاً بمعوم قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن ممن رهنه له غفوه وعليه غرمه قالوا ولا نه نجازاً ندعى ما رضىه رهناً فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد وعمدة أى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتجج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها وفرق بين الفروع والولد في ذلك بالسنة المرفوعة في ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم إذا كان الرهن حيواناً فلم يرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يلقفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : الرهن مخلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الرهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ومن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضان أقسموا قسمين ففهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بيمينته قلت أو كثرت وأنه إن فضل للرهن شئ فوق دينه أخذ من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار عما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وعثمان البتي إلا أن مالكاً يقول إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضبيع ولا غريط فإنه لا يضمن وقال الا وزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ويقول مالك قال ابن القاسم وقول عثمان والا وزاعي قال أشهب وعمدة ممن جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخلق الرهن وهو ممن رهنه له غفوه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الرهن أمانته فأشبهه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محبته أنه قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى فقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة

والسلام: الرهن مر كوب ومحبوب أى أجرته ظهر له به وحقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولو قوله عليه الصلاة والسلام : له غفوه وعليه غرمه ان غفمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما قص وعمدته من رأى انه مضمون من الرهن انهم عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بطله أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عندما لك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا رهن فرساً من رجل فتفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للرهن ذهب حقتك . وأما هريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي ذهب اليه مالك كثير افضعه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بنير دليل ومعنى الاستحسان عندما لك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بنير دليل والجمهور على انه لا يجوز للرهن بيع الرهن ولا هبته وأنه باعته فلم يرهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتحل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فأعتقها الرهن فتمد مالك انه ان كان الرهن موسراً أجاز عتقه وعجل للرهن حقه وان كان معسراً أبيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال ، الرد ، والاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والرهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول الرهن فإذا ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فإذا دعى قيمة الرهن قال قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والرهن مدعى فوجب أن تكون الممين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان الرهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة ينقل الممين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشيء وقبته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته قال قول ههنا عندما لك قول الرهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان الرهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على اصول الشافعي فلا يتصور على الرهن عين إلا أن ينكر كره الراهن في تلافه . وأما عند أبي حنيفة قال قول للرهن في قيمة الرهن وليس محتاج الى صفة لان عند

ملكه يختلف على المستوفهم تلك الصفة وإذا اختلفوا في الامرين جيداً أمي في صفة الرحمن
وفي مقدار الرحمن كأنه القول قول الرحمن في صفة الرحمن وفي الحق ما كان عليه الصفة التي
عطف عليها الحمد فهو في صفة الرحمن إذا اختلف الحق واختلفا في
صفة الرحمن في المذهب فيقولان والأهلبين الشهادته إذا شهد الرحمن للدين شهد الدين
للرحمن وفروع هذا الباب كثيرة وما ذكرناه كفاً للاحق غرضناه

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾
(وَحَسْبِيَ اللَّهُ عَلَىٰ سِدْرَةِ مَعْدِيٍّ وَعَلَىٰ سِدْرَةِ مَعْدِيٍّ وَعَلَىٰ سِدْرَةِ مَعْدِيٍّ)
﴿(كتاب الحج)﴾

والتنظر في هذه الأبواب في ثلاثة أبواب ، الباب الأول في احتساب المحجورين ، الثاني في
مخرجون من الحجر متى يخرج عنهم وبأى شرط يخرجون ، الثالث في مقرر أحكام
الغاطم في الرد والإجازة .

• (الباب الاول) •

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الایتام الذین لم یبلغوا الحلم لقوله تعالى «وابتوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح» الآیه واختلفوا فی الحجر علی القلاء الکبار اذا ظهر منهم تغیر بلا مبالغه فذهب مالک والشافعی وأهل المذنبه وکثیر من أهل العراق الی جواز ابداء الحجر علیهم بحکم اطلاق کم وذلك اذا ثبت عند مدققهم وأعدایهم فلم یکن عندهم مدفع وهو رأی ابن عباس وابن الزبیر وذهب ابو حنیفه ومجاهد عن أهل العراق الی انه لا یتبدأ الحجر علی النکبار وهو قول ابراهیم وابن سیرین وهؤلاء انتم معواقدهم فنه من قال الحجر لا یجوز علیهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذیر ونههم من قال ان استصحبوا التبذیر من العسر یسقر الحجر علیهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فیؤلا لا یتبدأ بالحجر علیهم وأبو حنیفه یحد فی وقوع الحجر وان ظهر سفه خمسة وعشرین عاماً وعنده من أوجب علی الکبار ابتداء الحجر أن الحجر علی الصغار معاویض طینی التبذیر الذی یوجد فیهم قالاً فوجب ان یجب الحجر علی من وجد فیهم هذا المعنی وان لم یکن صغیراً قالوا وذلك اشترط فی رفع الحجر عنهم

مع ارتضاع الصغر إيتاس الرشد قال الله تعالى « كان آتسم منهم رشداً فادفوا إليهم أموالهم »
 فقال هذا على أن المصعب المسمى للمعصية هو السفة وهو ما لا تخفى خديت عبان بن محمد إذ
 ذكر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه مخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه
 وسلم الخيار ثلاثاً لم يجر عليه ور بما قالوا الصغر هو المورث في منع الصغر في المال بدليل
 تأميره في استأط التكليف وأما اعتبار الصغر لاه الذي يوجد فيه السفة تألياً كما يوجد فيه
 شخص العقل تألياً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذ كانا يوجدان
 فيه تألياً أعني للعقل والرشد وكما يستبر النادر في التكليف أعني أن يكون قبل البلوغ فاعلاً
 فيكلف كذلك يستبر النادر في السفة وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيجبر عليه كما يستبر
 كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى « ولا تؤنوا أسلها أموالكم » الآية ليس فيها
 أكثر من أنهم من أموالهم وذلك لا يوجب قسح بيوعهم وإبطالها والمجورون عندها ك
 ستة الصغير والسفيه والمبدون والفسق والمرضى والمزوجة وسبائى ذكر كل واحد منهم في
 بابيه .

(الباب الثاني)

والظاهر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من المحجور وقت خروج الصغاء
 فتقول إن الصغار بالجهة صفان ذكر و إناث وكل واحد من هؤلاء إما قو أب وإما قو
 وصى وإما محمل وهم الذين يلفون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار فوالآباء
 فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من المحجور إلا ببلوغ سن التكليف وإيتاس الرشد منهم وإن كانوا
 قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى « واستملوا إليكم حتى إذا بلغوا النكاح فإن
 آتسم منهم رشداً فادفوا إليهم أموالهم » اختلفوا في الإناث فذهب الجمهور إلى أن يحكن في
 ذلك حكم الذكور أعني بلوغ الحيض وإيتاس الرشد وقال مالك حمى في ولاية أمهالي المشهور
 عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور
 ولا محاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أمها حتى ترمها سنة بعده خول زوجها
 بها وقيل حتى ترمها ما مان وقيل حتى ترمها سبعة أهوام وحجة مالك أن إيتاس الرشد لا يتصور
 من المرأة إلا بعد اختيار الرجال . وأما أقويل أمها به فضميمة متعلقة للنص والقياس أما مخالفتها
 للنص فاتهمم بشرطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلأن الرشد ممكن تصور منها قبل هذه

المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى
الاباط البلوغ وإيتاس الرشد فختلف قول مالك إذا بلغ ولم يسلّم منهم من رشده وكان محمول
الحال قليل عنه أنه محمول على السبغ حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه أنه محمول على
الرشد حتى يتبين سبغه فأما ذوالاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا
بإطلاق وصيه لمن الحجر أى يقول فيه أنه رشيدان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف
أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى
الاب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يسلّم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحال مع
الاب يخرجهم من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجهم وصيه بالشهاد وان الجمهور الحال
في هذا حكمه حكم الجمهور الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فذهب ان الولاية غير معتبر بثبوتها
اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وحرى راية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر
والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفضاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج
من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو
قان ما لكبرى ان الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا اصلاح
الدين . وسبب اختلافهم هل ينطق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى
كحال الذكرا لا يخرج من الولاية الا بالاخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها
مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد
كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفضاله جائزة اذا بلغ الحلم كان
سفها متصلا سفه أو غير متصل السفه مطلقا به أو غير مملن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس قطه
اذا وقع فان كان رشداً جاز والارده فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصى فان فيها في المذهب
قولين ، أحدهما ان أفضاله جائزة اذا بلغت الحيض ، والثانى ان أفضاله مردودة ما لم
تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال
واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الردو الا جائزة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم
من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا ما صغار وأما كبار متصلوا بالحجر من الصغر وأما مبتدأ
حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا الحيض من النساء فلا خلاف في المذهب

في أنه لا يجوز له في المهر من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتيق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظريته وإن كان له ولي فإن رآه رشداً أجاز له ولا أبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وإن عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة والردواختلف إذا كان قطعه سداداً ونظر أفيما كان يلزم الولي إن فعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحواله الأسواق أو نعاء فيما بعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور أن ذلك له وقيل إن ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتيق ما حلف بجر يته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما دعى عليه عين واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الأب والوصي كالكفر ما لم تنفس على مذهب من يعتبر تعينها فأما السفية البالغة فجمهور العلماء على أن المحجور إذا أطلق زوجته أو خالها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى وأبو يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتيق فقال إنه ينقد وقال الجمهور أنه لا ينقد وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتيق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لم يافيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما فعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظريته إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له فإن رديعه الولي وكان قد ألتف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك إن ألتف عين المبيع وأما أحكام أفعال المحجورين أو الممهلين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال . فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وإن كان فيها ما هو رشده . ومنهم ضد هذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفسه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الأب والوصي ما لم تنفس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه . فيها السفية إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهمة على مذهب

سجنونه، وأما الذي يحكم عليه بحكم السبعين يظهر وشده، فلا ينحدر بغيره، فحرياً تأييده على المشهور في المذهب، وحل البكر ذات الأب التي لا وصي لها، فإن زوجت ويدخل بها زوجها، ما يظهر وشده، ولو لم يبلغ الحد المصير في ذلك من السنين، عندهم يعتبر ذلك، وكذلك النتيجة التي لا توصي لها على مذهبهم، يرى أن أقلها من دويقة، وأما الحل التي يحكم فيها بحكم الرشيد حتى تبين السبعين، فإن البكر المنس عندهم يعتبر الثمنين، أو التي يدخل بها، وزوجها، حتى لدخولها الحد المتضمن السنين، عندهم يعتبر الحد، وكذلك حال الابن ذي الأب إذا بلغ وحملت حاله على إحدى الزوايتين، والابنة البكر، بعد بلوغها على الزواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها، فهذا هو ملق هذا الكتاب والقروء كثيرة.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً

(كتاب التأسيس)

والنظر في هذا الكتاب، فيما هو الفلاس، وفي أحكام الفلاس (فبقول) إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء ديونه، والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلاً، وفي كلا الفلوسين قد اختلف العلماء في أحكامهما، أما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبعه عليه، وقسمه على الرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة أتمت أولن اتفق منهم، وهذا الخلاف بعينه يتصور فحين كان له مال يبي دينه، فأبى أن ينصف غرماءه، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه، فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه، فينصف منه غرماءه أو غرماءه كان ملياً أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يملك ماله ديونه، ويحجر عليه التصرف فيه، وبه قال مالك والشافعي، والقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثرايتهما فكثرت دينه فقال رسول الله صلى

الله عليه وسلم : تصدقوا عليه فصدق الناس عليه فممن يبلغ ذلك وقاديسه مقلد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم خيلوا وجدّهم ليس لكم الا ذلك وحديث عوف بن القيس عطي الزجل
 القلس في حبيبه وقوله فيه : أما بعد اياها الناس قلنا لا ينبغي ان يبيع جوهرة من دينه
 واما تشبهه قال سبق الخراج وانما اذ ان معوضاً فأصبح قد بر بن علي بن كان له عليه دين
 فليأثنا وانما من طريق المعنى فاما اذا كان المراد بعض محجوراً عليه كان ورثته فأحرى ان
 يكون المدين محجوراً عليه لكان القرماء وهذا القول هو الاظهر لانه اعدل والله أعلم واما صحيح
 القريبي التلوي الذين قالوا بالقلس حتى يعطى ما عليه أو يموت محجوراً فيبيع القاضي حينئذ عليه
 ماله ويقسمه على القرماء . فهذا حديث جابر بن عبد الله حين استشهد يوماً جده وعليه دين
 فلما طلبه القرماء قتل جابر فأنهت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقولوا مني طلقني
 ويحللوا أبي قابوا . فلم يطمعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائظي قال ولكن سأعقدو
 عليك قال فقد اعلىنا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فخذتها فقضيت
 منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وباروى أيضاً انما مات اسيد بن الحضرم وعليه عشرة
 آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرامه فقبلهم ارضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فخذ
 الآثار كلها ليس فيها انه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبيبه قوله صلى الله عليه
 وسلم لي الواجد محل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبيبه وربما كتبوا استحقاق
 اصول القار عليه باستحقاق اجارته واذ قلنا ان القلس محجور عليه فالنظر فيها باجبر عليه
 وبأي ديون تكون المحاصصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصصة وكيف تكون
 فاما القلس فلو حال في وقت القلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا
 يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان ماليا يلزمه وما لا تجرى المادة
 بفعله وانما اشترط اذا كان ماليا يلزمه لانه أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بمعرض
 كتنفقه على الابداء المعسرين أو البناء وانما قيل لما لم تغير المادة بفعله لانه اتلاف اليسير
 من ماله بغير عوض كالأخمية والنفقة في اليد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى النادرة في
 اتلافه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه واقتياعه ما لم تكن فيه محلاة
 وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يهتم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرامه دون
 بعض وفي رهنه . واما محجور من قال بالحجر على القلس قالوا هو قبل الحكم كمثلنا القلس
 وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الاتلاف حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى

نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يستبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذ لم يكن فيه عيب ولا يجوز له المحجور عليه واماله بعد التأسيس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا يمد قيل الا أن يكون لواحد منهم يئنة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه قاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة يئنة أو لا تكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالمفلس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كال موت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجبتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في الموارث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان رضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضهونة في الركة خاصة لا في ذمهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بحمله في ذمهم اقيمت الديون الى أجلها ومن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجي للملاءم بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض منه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار الخاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو نوري والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالمفلس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يخاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعني للبايع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة

وأهل الكوفة والأصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيعارجل أفلس فأدرك الرجل ماله بينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجته مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متتار به وهذا اللفظ كالك فمن هؤلاء من حمله على عمومهم وهو الفريق الأول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا إن معقوله إنما هو الفرق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باع به قاماً إن يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيه مع الغرماء أكثر من غيرها فذلك مخالف لأصول الشرع وبخاصة إذا كان للغرماء ما أخذها بائناً كما قال مالك. وإنما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بمجملة لخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خير الواخذ إذا خالف الأصول المتواترة لكون خير الواحد مظنوناً والأصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كالتدع كتاب الله وسنة نبينا الحديث أمر أئور وواعن على أنه قضى بالسلمة للفقلس وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين وروى أصحابنا عن حديث أبي هريرة يختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيعارجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لأنه وافق للأصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عندنا الجيع بمقبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فلعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في حياته واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وإن شاء حاص الغرماء بما بقي من سلعته. وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد أن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء ويحجم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيعارجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجد عبيته فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في القفه وخرجه وحججه الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ولم يمتثلوا أنه إذا فوت المشتري بعضها فإن البائع أحق بالمقدار

الذي أدرك من سلته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة القرماء واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم القلس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة القرماء بخلاف القلس . وقال الشافعي الامر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر ان فرقاً بين الذمة في القلس والموت وذلك أن القلس ممكن أن تثرى حاله فيتمه غرامؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والقلس قال وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مستند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لملكه الا بعد أداء ما عليه فأشبه مال القلس بقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث المتعارضة بقياس المعنى فهو أقوى بما وافقه قياس الشبه أعني أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبهه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضاً فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت أعني ان من باع شيئاً ففلس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المستند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلته بعينها عند القلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يفرسها أو عرصة يتبها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ورجع صاحب السلعة شريك القرماء . وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلته ويأخذها أو أن يأخذ اصل السلعة ويخاص القرماء في الزيادة وما يكون فوتاً مالم لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة ونحصيل مذهب مالك فيما يكون القرماء به أحق من سائر القرماء في الموت والقلس اوفي القلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التغليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين يختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما العرض فان كان في بدائمه لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو أحق به في الموت والقلس وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو أحق به من القرماء في القلس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلته بالبائن . وقال الشافعي

ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن القلس . وقال ابن الماجشون ان شاء اكان الثمن من اموالهم او من مال التريم . وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم .
وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضاً والقلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى يمينه فيه
فماس أومات وهو قائم بيده عرف بعينه فقيل انه أحق به كالمروض في القلس دون الموت
وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الترماء وهو قول أشهب والقولان
جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الترماء في الموت
والقلس وأما نعمل الذي لا يتعين فان افلس المستاجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان
الاجير أحق بما عمله في الموت والقلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت القلس
وان كان فلسه بعد أن استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الترماء بجرته التي شارطه عليها
في القلس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها
فيكون أحق بذلك في الموت والقلس جميعاً لأنه كالمهرن بيده فان اسلمه كان اسوة الترماء
بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في القلس دون الموت وكذلك الامر
عنده في فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المنافع في الموت والقلس جميعاً
وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع
أحق بما في يديه في الموت والقلس وأحق بسلعته لقاومة الخارجة عن يده في القلس دون الموت
وانه اسوة الترماء في سلعته اذا فانت وعند ما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة
البائع منفعة بالبائع الرقية مرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون
هو أحق بها في الموت والقلس ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق
بها في القلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه فيقولون هو اسوة الترماء
ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسأه حتى أغرق الحائط ثم افلس
المستاجر فاتهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبه يبيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو
شيء فيها أحسب اغرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس التشبه المأخوذ
من الوضع المقارن للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص
ولكن اتقدح هناك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا
القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المقلس
المأذون له في التجارة هل يبيع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه إنما

تبيع بما في يده لا في رقبته ثم ان اعتق اتبع عما بقي عليه ورأى يقوم انه يباع. ورأى قوم ان
الفرما ونحوه بين يمه وبين أن يسعى فيما بقي عليهم من الدين وبه فاك شريح وقالت طائفة
بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في
يده فاشبه الجور والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يحكي وأما الذين رأوا الرجوع على
السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ما له بحال السيد اذ كان له انزاعه * فبسبب الخلاف
هو تارض أقيسة الشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ
هل يدين العبد ام يدين المولى فالجمهور يقولون يدين العبد لان الذين دابنوا العبد انما افلوا
ذلك ثقة بعار أو اعتمد العبد من المال والذين دابنوا المولى لم يعتدوا بحال العبد ومن رأى
البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى * فبسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن
يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد واما قدر ما يترك للفلس من ماله فيقبل في
المذهب بترك له ما يعيش به هو وأهله ولده الصغار الا ينم وقال في الواضحة والعنينة الشهر
ونحوه ويترك له كسوة له وتوقف ماله في كسوة زوجته كونها هل تجب لها بعض
مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى
ابن نافع عن مالك انه لا يترك الا ما يورثه وبه قال ابن كنانة واختلقوا في بيع كتب العلم
عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الدين
التي يحاسب بها من الدين التي لا يحاسب بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما
أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض
فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما كانت عن عوض مقبوض
وسواء كانت مالا أو ارش جنابة فلا خلاف في المذهب ان محاصاة الفرما بها واجبة وأما ما
كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام * أحدها ان لا يمكنه دفع العوض
بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة * والثاني ان لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع
ما يستوفي فيه يمثل أن يكتري الرجل الدار بالتقدا أو يكون العرف فيما التند قلنس المكتري
قبل أن يسكن أو يسكنها أو يسكنها بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثالث أن يكون
دفع العوض يمكنه ويلزم كراء مال المسلم اذا أفلس المسلم اليه فيقبل دفع رأس المال *
والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها قبل قبض المبتاع فيقبل ان
يدفعها اليه البائع * والخامس أن لا يكون اليه تحجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل إلى

الرجل ذاتين في عروض الى أجل ففلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحمل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا خاصة في ذلك الا في مهوز الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستغنى في منه مثل المنكته في فلس قبل دفع الكراء فقبل للمكثري الخاصة بجميع الثمن واستلام النكاح للزراء وقيل ليس له الا الخاصة بما سكن وأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا أخذ داره وما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهذا اذا كان العوض عينا قتيلا بحاص به الزمراء في الولجب له بالعوض ويدفعه قتيلا هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض. واما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بل خيار بين الخاصة والامساك. وذلك هو اذا كان العوض عينا. واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن فلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحمل أجل السلم فان رضى المسلم اليه أن يعجل العروض ويحاصص الزمراء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الزمراء فان ابي ذلك أحد الزمراء حاص الزمراء برأس المال الواجب له فيها وجد للزيم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال القلس وان شأوا أن يبيعوها بالتقديرو يتحاصفوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالانزام كالهبات والصدقات فلا خاصة فيها. وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والابناء قسما قولان، أحدهما ان الخاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا زمت بحكم من السلطان. وهو قول اشبهت وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاصص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الزمراء من جنس ديون الزمراء وسواء كان مال الزمراء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضي في الديون الاما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو اذ اهلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الزمراء ممن مصيبته فقال أشبهت مصيبته من القلس وقال ابن الماحشون مصيبته من الزمراء اذا وقعه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعة فضائه من الزمراء لانه انما يبيع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعة فضائه من الزمراء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم رجحوا قوله عن مالك. وفرق أصحاب بين الموت والقلس فقال المصيبة في الموت من الزمراء وفي القلس من القلس فهذا هو القول في اصول أحكام القلس الذي له من المال ما لا يبي بدونه. وأما القلس الذي لا مال له أصلا فان قبضه الامصار يجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين

الى وقت مبسرة الاماحكى عن عمر بن عبدالمزبان لهم ان يؤاجروه وقال به أحمدمن قهء
الامصار وكلهم يجمعون على أن المدين اذا ادعى القلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين
صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان
لقرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان
لميات فى ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم ببعضهم من
بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل
وقدر وى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيها أحسب أبو داود
والعجورون عند مالك السفهاء والفلسون والمبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه
يرى أن للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى
هذا الكتاب .



• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

• (كتاب الصلح) •

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى «والصلح خير» وما روى عن النبي عليه السلام مرفوعاً
وموقوفاً على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وانفق
المسلمون على جوازه على الاقرار واختلقوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة
يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير
عوض والمالكية قول فيه عوض وهو سقوط الحصومة وان دفاع اليمين عنه ولا خلاف فى
مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع فيفسد بما
تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى
انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدان نير نسبته وما أشبه هذا من البيوع
الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه
يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه
عليها بدان نير مؤجلة فهذا لا يجوز عندما لك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكر وفيه من

الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه أخذ دنانير نسبتة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة مني وأما ان ارفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيايدعه قبله الى أجل فهذا عتدتم هو مكروه أما كراهيته مخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لا نظار الآخر اياه فيدخله أسلفني وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول ما قلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شيء وهذا التحوم لليوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عتده فان طال مضى فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في اليوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلف

*(بسم الله الرحمن الرحيم)
 (وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما)
 (كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحالة وضمانة وزعامة فالأناواعها فتوعان حالة بالنفس وحالة بالمال اما الحالة بالمال فتأخذ بالسنة وجميع عليها من الصدر الاول ومن قتهاء الا مصار وحكى عن قوم انها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام: الزعيم غارم . واما الحالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور قتهاء الا مصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعي في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود ومحمد ما قوله تعالى (معاذ الله ان تأخذ الامن وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام: الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروى عن الصدر الاول . واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا لمات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك . وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائبا فظهر ان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحيل فيها

احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة فترط غريمه والام
يرم واختلقوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحيل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول
انه يلزمه ان يحضره او يرمم وهو قول مالك وابحابه واهل المدينة ، والقول الثاني انه يحبس
الحيل الى ان يأتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس
عليه الا ان يأتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الامع العلم بالقدره على
احضاره فان ادعى الطالب معرفه موضعه على الحيل وانكر الحيل كلف الطالب بيان ذلك
قالوا ولا يحبس الحيل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا
القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة
مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب ورعما صحح لهم
روى عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى
حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا
فهذا غرم في الحالة المطلقة . واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس
فليس يجب ان يمدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون
عند شر وطهم قائم عليه ان يحضره او يحبس فيه فكأنه اذا ضمن المال قائم عليه ان يحضر
المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة القريبي الثالث انه انما يلزمه
احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره
له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن
الوجه فاعلم ان المال فهو احرى ان يكون مفرورا من ان يكون غاراً فاما اذا اشترط الوجه
دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب
لانه كان يكون قد اُلزم ضمما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . واما حكم ضمان المال فان
القمه عمتفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم . واختلقوا اذا حضر
الضامن والمضمون وكلاهما موصوفين بالشافي وابو حنيفة وابحابه والثوري والاوزاعي
واحمد واسحق للطالب ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في احد قوله ليس
له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحائلة
والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه ويرى المضمون ولا يجوز ان يكون مال
واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شيرمة ومن المحجة لما رأى ان الطالب يجوز له

بمطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنياً أو عديماً جديداً في حصة من الخمار
قال تحميت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبألتها عنها فقال يخرجها عنك مني بل
الصدقة يا قبيصة أن المسئلة لا تحل إلا في ثلاث وذكر رجل تحميت حمالة رجل حتى يؤدبها
وجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمّل دون اعتبار حال
المتحمّل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم بقوله عليه السلام : الزعيم
غارم أعني كفالة المأكل وكفالة الوجه وسواء تعلقت بالأموال من قبل أموال أو من قبل حدود
مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو الرقة التي ليس يتلق بها قطع
وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود
والنصاص وفي القصاص دون الحدود وهو قول عثمان بن أبي العتة . وأما وقت
وجوب الكفالة بالمال أعني مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على أن ذلك يثبت بوثائق
على المكفول إما بإقرار أو بيمين . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل يلزم قبل
اثبات الحق أم لا فقال قوم أنها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شرح الباقضي
والشعبي . وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب أخيد الكفيل بالوجه على
اثبات الحق وهو لا ما خلقوا حتى يلزم ذلك وإلى من المدة يلزم فقال قوم أنى بشبهة قوية مثل
شاهد واحد لزمه أن يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه ولا يلزمه الكفيل إلا أن يذكر
بينه حاضرة في المصر فمطيه حملاً من خمسة الأيام إلى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب
مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعى بينه حاضرة في
المصر نحو قول ابن القاسم . إلا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة أيام يقولون أنه أنى بشبهة
لزمه أن يعطيه حملاً حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد انبكر والفرق في ذلك والفرق بين الذي
يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد إلا بينة وذلك إلى بيان صدق
دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف تمارض وجه العدل بين الطرفين في ذلك
فانه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن إن يغيب بوجهه فيمنع مطالبته وإذا
أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيمنع المطلوب ولهذا افرق من فرقى بين دعوى
البينة الحاضرة والغائبة . وروي عن عراك بن مالك قال أقبلت من عمر بن لا عراب معهم ظهر
فصحبهم رجلان فباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إليهم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين أذهب وأطلب وجلس الآخر فجاء عياذ به فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استتقر لي فقال غفر الله لك قال و انت فغفر الله لك وقتلك
 في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك
 كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبني ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو
 عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب اذا كانت هناك شبهة لمكان محبتهم ما لم فاما
 أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لا اختلافهم في ضمان الميت
 اذا كان عليه دين ولم يترك وقاه بدنه فأجازة مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل
 أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المقتلس واستدل من
 رأى ان الضمان يلزمه بما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام
 لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس
 والقائب ولا يصح عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعي
 يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه
 ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد
 وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الحالة قبل المال مما لا تجوز فاتها تجوز عند
 مالك بكل مال ثابت في النعمة الا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً مثل
 النفقات على الازواج وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة محيطة مستتناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغني ظم
 واذا أحيل احدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها في الشروط اختلافهم في
 اعتبار رضا الحال والحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا الحال ولم يعتبر رضا الحال عليه وهو مالك
 ومن الناس من اعتبر برضا هم معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا الحال واعبر برضا الحال عليه
 وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل الحال
 عليه من الحال منزلة من المحيل لم يعتبر رضا معمه كالا يعتبر مع المحيل اذا طلب منه حتمه ولم

يحل عليه أحد أو أمداد وفجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: وإذا أحيل أحدكم على ملي*
فليتبع والا م على الوجوب وبقى الحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن
الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ماعلى الحال عليه مجانساً لما على المحيل قدر أو وصفاً ألا
أن منهم من أجازها في الذهب والدرهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوا في ذلك رأوا أنها
من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى لانه باع الطعام الذي كان له على غيره بالطعام الذي كان
عليه وذلك قبل أن يستوفيه من غيره وأما أن كان ذلك مالاً إذا كان الطعامان كلاهما من قرض
إذا كان دين الحال حالا . وأما أن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان
حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين الحال به حالاً ولم
يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع في ضمان المسترض وأما رخص مالك في القرض لانه
يجوز عندهم بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما ابو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدرهم
وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدرهم والمسئلة مبنية على ان ما شذعن
الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة
شروط ، أحدها ان يكون دين الحال حالاً لانه ان لم يكن حالاً كان ديناً بدين ، والثاني ان يكون
الدين الذي يحمله به ممثل الذي يحمله عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا في أحدهما كان
بيعاً ولم تكن حوالة يخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله
الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين
المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا يجوز الحوالة بأحدهما
على الآخر حلت الاجال أو لم تحل او حل أحدهما ولم يحل الآخر لانه يدخله بيع الطعام قبل
أن يستوفى كما قلنا لكن اشبه يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت
تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت وبتزل الحال في الدين الذي أحيل عليه
منزلة من أحاله ومنزلة في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه لغيره
غيره اعني انه لا يجوز لمن ذلك الا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله
عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام
من قرض لم يحز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في
طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ماعلى غيره قبل ان يستوفيه لكونه طعاماً
من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلة مع من

احاله اعني انه كالتبعا كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي ايجل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الترويق ضعيفة ، وأما المحكام فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الجمالة في انه اذا اقبض المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ ، قال مالك واصحابه الا أن يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مقلساً او جحدا لحوالة وان لم تكن له بيتة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للجمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيهما ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيها فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثاني في أحكام الوكالة ، الثالث في مخالفة الموكل للتوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في التوكيل ﴾

واختلفوا على وكالة العايب والمرضى والمرأة المساكين لا موارثتهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح . فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكوري به قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر . ولا المرأة الا ان تكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ملصقت اليه الضرورة وانقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيمن المبادات وما جرى مجراها .

﴿ الركن الثاني في التوكيل ﴾

وشروط التوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي

فلا مباشرة ولا بواسطة أى بيان توكل هى من على عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

﴿ الركن الثالث فيما فيه التوكيل ﴾

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلاً للتبعية مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والقسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساواة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا يجوز في العبادات البدنية ويجوز في المالية كإكراه الصدقة والحبس ويجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى في أحد قولي لا يجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايان ويجوز الوكالة على استيفاء المقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

﴿ الركن الرابع ﴾

وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالاجاب والقبول كسائر العقود وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على ما قوله فى أحكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شئ دون شئ وذلك انه ان سمي عنده لم ينفع بالتعميم والتفويض وقبل الشافعى لا يجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الاquis اذ كان الاصل فيها المنع اما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثانى في الاحكام ﴾

وأما الاحكام . فهنا أحكام المقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا المقد فهو كالتا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكيل متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة وقال اصبيح له ذلك ما لم يشرف على نيام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضوع الذى لا يجوز أن يعزله الموكل . وليس من شروط انعقاد هذا المقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنسخ بالموت . كما تنسخ بالميزل متى يكون الوكيل ممزولا والوكالة منسوخة في حق من عامته في

المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل ، والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل فيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكاله مطلقاً لم يجز له عند مالك ان يبيع الابن مثله فقد أنفق البلد ولا يجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير من المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعلن فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير من المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله في شراء عبد يمينه ان يشتريه الابن المثل نقد أو يشبهه ان يكون ابو حنيفة انما افرق بين الوكيل على شراء شيء بيمينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة براه في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذا قد أنزله منزله وقول الجمهور أرباب وكل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن عندهم من يرى أنه تعدي واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل ولا يتم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بتمن محدود وقد يكون في المقوم وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التمدي فاذا اختلف في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضيع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بينة يرى ولم يلزم الوكيل شيء . وأما اذا اختلف في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا تقبل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك

فالقول قول الوكيل . وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم إن لم تهت السلفة فالقول قول المشتري وإن قامت فالقول قول الوكيل وقيل يعطى الثمن وينسخ البيع ويتراجعان وإن قامت بالبيعة وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم إن القول فيه قول الموكل لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما إذا اختلفا في أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر . وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو متدو زعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل إن القول قول الوكيل أنه قد أمره لأنه قد اتفقه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب اللقطة)

والنظر في اللقطة في جملتين، الجملة الأولى في أركانها، والثانية في أحكامها.

(الجملة الأولى)

والأركان ثلاثة، الالتقاط، والمقتط، واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة براهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمري، أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: ضالة المؤمن حرق النار ولا يخاف أيضاً من التصغير في القيام بما يجب له من التعريف وترك التعدي عليها وتناول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أريد ذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التناطح وإن كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فلا فضل أن لا يلتقطها وإن كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو خير بحسب ما يطلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التناطح عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز

التقاطه الا تشد لورود النص في ذلك والروى في ذلك لقطان ، أخذ عما أنه لا ترفع لقطتها
 الا تشد ، الثاني لا ترفع لقطتها الا تشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن يشدها والمعنى الثاني
 لا يلتقطها الا لمن يشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبدأ فاما الملتقط
 فهو كل حر مسلم بالغ لاتها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال ابو حامد
 والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والها نسق له قولان فوجه المنع
 عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة ، وأما اللقطة بالجملة فاتها كل مال لمسلم
 معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غارها أو الجاد والحيوان في ذلك سواء الا
 الابل ياهاق والاصح في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال :
 جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال لا عرف غناصها ووكاءها
 ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نكحها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو
 لاختك أول الذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء
 وتأكل الشجر حتى يلقاها ربا وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط ومعرفة
 حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبمده وماذا يستحقها مدها . فاما الابل فاتفقوا على أنها
 لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كلاب وعن
 مالك أنها كالغنم وعنه خلاف

• (الجملة الثانية) •

وأما حكم التزيف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها بال سنة ما لم تكن من الغنم
 واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق قضاة الامصار مالك والثوري والازاعي وأبو حنيفة
 والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو نوراذا انقضت كانه أن ياكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها
 ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يحجز الصدقة فينزل على ثوبها او يضعه اياها
 واختلفوا في النبي هل له أن ياكلها او يتفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعي لذلك وقال
 أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين
 وقال الازاعي ان كان مالا كثيراً جاءه في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي
 عن عمرو بن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا
 اهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام : فشاكت بها ولم يفرق بين غني وفقير

ومن الحجة لهم ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فليت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فرفها فلم اجد ثم ايتته ثلاثاً فقال احفظ وعاءها ووكةا فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذي وابوداود فاستفتها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لا يصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشا نك بها . قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يحجز صاحب اللقطة الصدقة : ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وحى مال من ماله لا يضمن ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاهما فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذا لم يعرف المفاس ولا الوكاه واختلقوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بيئة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بيئة . وقال ابو حنيفة والشافعي لا يستحق الا بيئة . وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فن غلب الاصل قال لا بد من البيئة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بيئة واما اشتراط الشهادة في ذلك الشافعي وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصبا ووكةا فان جاء صاحبها والا فشا نك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة المفاس والوكاه لئلا تختلط عنده بغيره او يحتمل ان يكون انما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالمفاس والوكاه فلم يقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك والمجاهبة ان على صاحب اللقطة ان يصف مع المفاس والوكاه صفة الدنانير والمعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولقظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصبا ووكةا هو عدد ما دفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف المفاس والوكاه وكذلك ان زاد فيه واختلقوا ان نقص من المعدد على قولين وكذلك اختلقوا اذا جهل الصفة وجاء بالمفاس واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فليل ان لا شيء له الا يعرضهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وإن غلط يدفع اليه واختلف المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه يمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب يمين . واما ضالة النعم فان العلماء اختلفوا

على ان لو اجد ضالة النعم في المكان القعر البعيد من العمر ان يا كلها لقوله عليه السلام في الشاة :
هي لك ولا خيك اول الذئب واخفقوا هل يضمن قهيتها لصاحبها لا فقال جمهور العلماء انه
يضمن قهيتها . وقال مالك في اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة
الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر فجری على حكم الظاهر
ولم يحجر كذلك في التصرف فيما وجب نفيه بعد العام لقوة اللفظ ها هنا وعنه رواية أخرى
انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند
أصحابه في ذلك انها على ثلاثة اقسام . قسم يبقى في يده ملتقطه ويحشى عليه التلف ان تركه كالعين
والعروض . وقسم لا يبقى في يده ملتقطه ويحشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القعر والطعام
الذي يسرع اليه اتساده وقسم لا يحشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى في يده ملتقطه
ويحشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة اقسام ، أحدها أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقمته
ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتناخته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والا صل في ذلك ما روى
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال ، لولا أن تكون من الصدقة لا كلتها
ولم يذكروا تمر فيها تمر يقاوه هذا مثل انصبا والسوط وان كان أشبه قد استحسن تعريف ذلك ،
والثاني أن يكون يسيراً إلا أن له قدر أو منعة فهذا لا اختلاف في انذهب في تعريفه واختلقوا
في قدر ما يعرف فقل سنة وقيل أيلماً ، وأما الثالث فهو ان يكون كثيراً أو له قدر فهذا لا اختلاف
في وجوب تعريفه حوالاً . واما القسم الثاني وهو ما لا يبقى في يده ملتقطه ويحشى عليه التلف فان
هذا إما كله كان غنياً أو فقيراً وهل يضمن فيه رايان كما قلنا الا شهر أن لا ضمان واختلقوا
ان وجد ما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين
أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . واما القسم الثالث فهو كالأبل اعني ان الاختيار
عنده فيه اترك للنص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في
المذهب هو عام في جميع الازمنة وقيل انما هو في زمان المدل وأن الانضل في زمان غير المدل
التقاطها . واما ضمانها في الذي تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على
التقاطها فملكته عنده أنه غير ضامن واختلقوا اذ لم يشهد فقال مالك والشافعي وابو يوسف
ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضييع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنان ان
هلك ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة ودعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الأمانة
الى الضمان قالوا وهي ودعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها

والافتسكن ودية عندك واستبدل ابو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض ابن جمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطه فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يمت فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتية من يشاء وتحصيل المذهب في ذلك ان واجدا للقطعة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه ، أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثاني أن يأخذها على جهة الالتقاط ، والثالث ان يأخذها على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتر فيها فان ردها ببدان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب لا يضمن اذا ردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله في تلفها دون عين الا ان تبهم . واما اذا قبضها امتالا لها فهو ضمان لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فبأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليستلم عنه فهذا ان لم يعرفه ولا ادعوه كان له ان يردده حيث وجد ودول ضمان عليه باهراق عند اصحاب مالك وتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها في رقبته إيمان يسلمه سيده فيها . واما ان يهديه بقيمتها هذا اذا كان استملا كما قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته وقال الشافعي ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت في رقبته العبد واختلوا وهل يرجع الملتقط بما ائق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما ائق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من احكام الالتقاط وهذا القدر كف بحسب غرضنا في هذا الباب .

(باب في اللقيط)

وانظر في احكام الالتقاط وفي التلقط واللقيط وفي احكامه وقال الشافعي كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان عبداً فيه في مذهب الشافعي رد ود الملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب ملتقط والكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه وملتقط المسلم الكافر ويزع من يد القاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط العتق ولا يلزم قيمة الملتقط

على من التقطه وإن اتفق لم يرجع عليه بشئ . وأما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين و يحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عندما لك وعند الشافعي يحكم من اسلم منها و به قال ابن وهب من احباب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر و ولاؤ لمن التقطه وقيل انه حر و ولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان ثبت في ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه .

« (بسم الله الرحمن الرحيم) »

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وحبه وسلم تسليما)

« (كتاب الودعة) »

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في احكام الودعة فمنها انهم اتفقوا على أنها امانة لا مضعونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكين والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يأمر بالشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الودعة مع بینه ان كذب المودع قالوا الا ان يدفعها اليه بینه فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه بینه فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأمره على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك و احبابه وقد قيل عن ابن القاسم ان اتول قوله وان دفعها اليه بینه و به قال الشافعي وأبو حنيفة وهو اقياس لانه فرق بين التلف ودعوى الردو ببعدان تنتقض الامانة وهذا في دفع الامانة الى اليد التي دفعها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عندما لك والا ضمن يري بقول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم) فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عندما لك و احبابه الا بینه وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الودعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امر بدفعها فالقول قول المستودع مع بینه فان اقر المدفع اليه بالودعة أعنى اذا كان غير المودع و ادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى ذمة فان كان القابض امانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصدق القابض وتكون المصيبة من الامر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة

على الدفع أو يأتى القابض بالمال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل لذي عنده الوديعة ادفعها الى سلفاً أو تسلفاً في سلعة أو ما شبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برى الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فتقولان هو السبب في هذا الاختلاف كله أن الامانة تتوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذي امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الامانة اضعف قال لا يرى الدافع يتصدق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الأمر قال القول قول الدافع للأمر كما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال الدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجور على انه لا يضمن وقال القير يضمن وبالجملة فالقائمة برون بأجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اتقى الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها فنفقته ثم ردھا قال مالك يستقط عنه الضمان بحاله اذا ردھا وقال ابو حنيفة ان ردھا بعينها قبل ان ينفقھا يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً فمن غلط الامر ضمنه اياها بتحرر يكوا نية استنفاها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له ان يسافر بها الا ان تعطى له في سفر وقال ابو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمناً ولم ينه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقهم من زوج أو ولد أو أمانة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها عما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فاما كان يتأمن ذلك انه حفظ اتقى عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل رديعة في جيبه فذهبت والا شهراته يضمن وعند ابن وهب ان من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها في موضع أو ينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقبل بحلفان وقسم بينهما و قيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الخا كم أو لم يقدر واختلف في ذلك اصحاب الشافعي فمنهم من يقول ان أودعها لغير الخا كم ضمن وقبول الوديعة

عندما لك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن أو وثيقة فعلى رباها واخلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فمين اودع مالا فتعدى فيه ونجس به فرج فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طالب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم الرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو نجس بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهو لا هم الذين اوجبوا التصديق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك امر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذي اسلفهما ابو موسى الاشعري من بيت المال فتجرا فيه فربحوا قيل له لوجعلته قرصاً فأجاب الى ذلك لانه قدر وى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

(صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

• (كتاب المارية) •

والنظر في المارية في اركانها واحكامها واركانها خمسة ، الاعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمأر والبيع . اما الاعارة فهي فعل خير ومدوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالوا في قوله تعالى « و يمعنون الماعون » انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من القاس والدلو والحبل والقدر وما شبه ذلك . واما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالاً كاللعارية اما زفتها واما المنفعتا والاظهر انها لا تنصح من المستعير أعني أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور والارضين والحوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعتهم باحة الاستعمال ولذلك لا يجوز باحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذمراً . وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أى للمعير ان يستعير به اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس لها استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما زمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لكل تلك المارية • وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود

اللازمة وغير اللازمة . واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولى مالك ومنهم من قال يقضى هذا وهو انها ليست مضمونة أصلاً وهو قول أبى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت انه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة ، وأداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية أزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه إلا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً . يلزم الشافعي اذا سلم انه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحى على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذى لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة القاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يسيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استمار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعاً اذا كان ماله قيمة بعد القلع وسواء عندما لك انقضت المدة المحددة بالشرط او بالعرف او العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطلقاً ان يقطع بل يحجر المير بان يقيه باجر يعطيه او يتقضى بارش او بتمليك ببدل قايهما اراد المير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريع الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان اخذ المستعير بالقطع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاص المثل وان العرف

في ذلك يتزل منزلة الشر وطوعند مالك انه ان استعمال المارية استعمالا يتقصا عن الاستعمال
 المأذون فيه ضمن ما تقتضها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره
 ان يعيره جداره ليعرف فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينفع به
 المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ المارية لا يقضى بها وقال
 الشافعي واحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك ومجتهم ما خرجه مالك عن
 ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم
 جداره ان يعرض خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لرمين بها بين
 اكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق
 خليجا له من المريض فاراد ان يعر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت
 تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أولا وآخر أولا يضرك فابى محمد فكم فيه الضحاك عمر بن
 الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة قامرأه أن يخلى سبيله قال عمدا فقال عمر لا تمنع أخاك
 ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليرن به ولو على بطنك قامرأه عمر ان يمر به ففعل
 الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع
 لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكم عمر بن
 الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي ما لا كلال دخله هذه
 الاحاديث في موطنه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام :
 لا يخل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا يخص هذه
 الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على التدب وانها اذا أمكن أن
 تكون مخصصة وان تكون على التدب فحملها على التدب اولى لان بناء العام على الخاص
 انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبح عن ابن القاسم انه لا يؤخذ
 بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل
 الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبيل وهذا
 القدر كف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليماً
 ﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول في الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثاني ما فيه الضمان
 والثالث الواجب ، وأما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المصنوع .

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المصنوع أو لا تلافه واما المباشرة للسبب
 المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول
 التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قصفاً فيه طائر فيطير
 بعد الفتح فنال مالك يضمه هاجه على الطير ان أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال
 وفرق الشافعي بين ان يهجه على الطير ان أو لا يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم
 يهجه ومن هذان من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك فالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث
 ان يكون حفره تعدياً يضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويحیی على اصل أبي حنيفة انه لا يضمن
 مسئلة الظائر وهل يشترط في المباشرة العمد ولا يشترط قالوا لا يشترط قالوا لا يشترط فيه ان يكون مختاراً
 وخطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً
 فالمعلوم عن الشافعي انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المسكره الضمان أعنى المسكره
 على الاتلاف .

﴿ الركن الثاني ﴾

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال ألتقت عينه أو تلتفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو
 سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار
 فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعنى انها ان لم تدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة
 لا يضمن * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل
 ويحول فنحمل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ومن لم يحمل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان .

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الواجب في النصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهب عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكياً أو موزناً على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفقة وزناً واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقة صأله في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « نجزة مثل ما قتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما خرجه ابوداود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارساً ف أرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال ف ضربت بيدها ف كسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بينها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحنه الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطواري)

والطواري على المصنوع إما بزيادة وإما بنقصان وهذا ان إماماً من قبل المخلوق وإماماً من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً او يضمه قيته يوم النصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمصنوع مخير في المذهب بين ان يضمه القيمة يوم النصب او يأخذ وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم النصب وذبح اشبه الى انه مخير بين ان يضمه القيمة او يأخذ ناقصاً ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المأوا . والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المصنوع مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم النصب جعل ما حدث فيه من نداء أو نقصان كانه حدث

في ملك صحيح فالوجوب له النقلة ولم يوجب عليه في التقصان شيئاً سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمه ذمته يوم النصب فقط ومن جعل المقتضوب مضموناً على الناصب بقيته في كل أو أن كانت يده عليه أخذه بأرفع القيم وأوجب عليه رد المأثم وضمان التقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي وأقياس قوله ومن فرق بين الجنابة التي تكون من الناصب وبين الجنابة التي تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعدته قياس الشبه لأنه رأى أن جنابة الناصب على الشيء الذي غصبه هو غضب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . وإما أن كان الجنابة عند الناصب من غير فعل الناصب فالمقتضوب بخير بين أن يضمن الناصب القيمة يوم النصب ويتبع الناصب الجنائي وبين أن يترك الناصب ويتبع الجنائي بحكم الجنائيات فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الناصب . وأما الجنابة على العين من غير أن يقع فيها ناصب فأنها تنقسم عند مالك إلى قسمين جنابة تبطل بسير أمن المنفعة والمقصود من الشيء باقي فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجنابة وذلك بأن يقوم صحيحاً ويقوم بالجنابة فيعطى ما بين القيمتين . وأما أن كانت الجنابة مما تبطل الفرض المقصود فإن صاحبه يكون خيراً أن شاء أسلمه للجنائي وأخذ قيمته وإن شاء أخذ قيمة الجنابة وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له إلا قيمة الجنابة * وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الناصب وتشبيهه بآلاف أكثر المنفعة بآلاف العين . وأما انثناء فانه على قسمين ، أحدهما أن يكون فعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني أن يكون مما أحدثه الناصب . فاما الأول فانه ليس بفوت . وأما انثناء بما أحدثه الناصب في الشيء المقصوب فانه ينقسم فيارواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين ، أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبيغ في الثوب والنقش في البناء وما شبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشب يعمل منها نوايت فاما الوجه الأول وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة فانه ينقسم إلى قسمين ، أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة بينيها وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلبثه فاما الوجه الأول فالمقتضوب منه مخير بين أن يأمر الناصب بإعادة البقعة على حاله وإزالة الماله فيها مما جعله من نقص أو غيره وبين أن يعطى الناصب قيمة ماله فيها من النقص مقلوعاً بعد حط اجر القلع وهذا إذا كان الناصب

ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا غيره ، وأما يستأجر عليه وقيل أنه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا
 أن كانت له قيمة . وأما أن تمكن له قيمة لم يكن للغاصب على المقتضوب فيه شيء ، لأن من حق
 المقتضوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقابل . وأما
 الوجه الثاني فهو فيه غير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ، يأخذ ثوبه ، وبين أن يضمه
 قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخبر فيه
 فيه لما يدخله من الربا ، ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له . وأما
 الوجه الثاني من التقسيم الأول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المقتضوب
 سوى العمل فإن ذلك أيضاً ينقسم قسمين . أحدهما أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء
 عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرقعة ، والثاني أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء
 المقتضوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوت أو القمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها
 حلياً أو دراهم . فاما الوجه الأول فلاحق فيه للغاصب ، يأخذ المقتضوب منه الشيء المقتضوب
 معمولاً . وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المقتضوب يوم غصبه أو مثله في
 ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمقتضوب
 أحله مسألة البنيان فيقول أنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرقع والنسيج
 والديباغ والطحين وقدر روى عن ابن عباس أن الصبغ هو يثلم الغاصب فيه القيمة يوم
 الغصب وقد قيل أنهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ، أن ابن
 القاسم في المسدودة في كتاب اللقطة وقال أن الشركة لا تكون إلا فيما كان وجهه شبهة جلية
 وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يحجز الشركة بينهما ، يقول أنه يؤمر
 الغاصب بقطع الصبغ أن أمكنه وأن قص الثوب ويضمن للمقتضوب مقدار نقصان
 وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان متعمداً
 أو عينا إلا أن يحجج بحجج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس الرق ظالم حق لكن هذا الجمل
 ومفهومه الأول أنه ليس له متفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق
 بالمقتضوب فهذا هو حكم الواجب في عين المقتضوب تغير أو لم يتغير ، وأما حكم غلته فاختلف في
 ذلك في المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المقتضوب ، والثاني أن حكمها
 بخلاف الشيء المقتضوب فنذهب إلى أن حكمها حكم الشيء المقتضوب وبه قال أشهب من

أصحاب مالك يقول إنما يلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قبضتها على قول من يرى ان
 الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لقيمة الشيء المصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا
 الى ان حكم الغلة يختلف بحكم الشيء المصوب فاختلجوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم
 على أنها ان تلفت بينة انه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما
 لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغل تنقسم الى ثلاثة
 أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشيء المصوب على نوعه وخلخته وهو الولد وغلة متولدة عن
 الشيء لا على صورته وهو مثل الثمر والبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هي منافع
 وهي الاكرية والخراجات وما شبه ذلك فأما ما كان على خلخته وصورته فلا خلاف أعلمه
 ان الغاصب يردده كالولد مع الام المصوبة وان كان ولدا للغاصب وإنما اختلفوا في ذلك اذا
 ماتت الام فقال هو خير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس
 وأما ان كان متولداً على غير خلته الاصل وصورته ففيه قولان . أحدهما ان للغاصب ذلك
 المتولد . والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المصوب ان كان قائماً ووقعها ان ادعى تلفها ولم
 يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المصوب كان خيراً بين ان يرضه ب قيمته ولا شيء له في
 الغلة . بين أن يأخذها بالغة ولا شيء لهن النيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلجوا فيه على خمسة
 أقوال . أحدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثاني انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً
 والثالث انه يلزمه الردان أكرى ولا يلزمه الردان انتفع او عطل ، والرابع يلزمه ان أكرى او
 انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع
 الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتسل من العين المصوبة مع عينها وقيامها
 وأما ما اغتسل منها بتصرفها ونحوه بل عينها كالدناير فيغتصبها فيتجر بها فيرجع فالغلة له قولاً
 واحداً في المذهب وقال قوم الرجح للمصوب وهذا ايضاً اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا
 قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو
 انتفع او أكرى كان مما يزال به او مما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل
 فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه اياها ولا في حملها لانه ضامن لها ان تلفت في تعديه
 وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمه بالتعدى وصار في ذمته جازت له
 المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المصوب وان كان الفرق بينهما أن الذي تجر
 به تحولت عينه وهذا لم يتحول عينه * وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة اولاً يرددها

اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه يبيع فأراد الذي صرف عليه ان يرد المشتري غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر هنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الفلقة من قبل الضمان فيا صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشتري شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الفلقة لانه ظالم وليس لمرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الاصل والفلقة اعني عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لمرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الفلقة قال لا يرد الفلقة الفاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والايان المتولدة بجرى واحد وأن يعتبر التضمين أولا يعتبر وأما سائر الاقاويل التي بين هذين فهي استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثرا أو الجملة نبانا في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيأ أرض أميته فهي له وليس لمرق ظالم حق والمرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الارض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها تضرب أصولها بالهؤوس وانها النخل عم حتى أخرجت منها الاماروى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً في أرض غيره ومات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الارض أن يطلع زرعته وكان على الزارع كراء الارض وقدر روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل ما لا ينتفع الفاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمعصوب يكون الزرع على هذا الزارع وافرقت قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له فقتته وزرعته وهو قول كثير من أهل المدينة قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله فقتته وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسلّة نصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لا ضمان عليه ،

والثالث أن الضمان على أبواب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالتهار ، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت وعن قال بضعن بالليل ولا بضعن بالتهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه بالضمأن باطلاق قال الليث الأأن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة المناشئة والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيطان ، أخذ مما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكان في الحرت اذ قششت فيه غنم القوم) والنفس عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى اننا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثاني مرسله عن ابن شهاب ان ناقة للبراء من مازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط بالتهار حفظها وان ما أفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة ابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى ونحقيق مذهب ابى حنيفة انه لا يضمن اذا أرسلها محفوفة ، فاما اذا أرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم في المرح . وأما اذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما افسدت ليلاً ونهاراً شهادة الاصول له وذلك انه تمد من المرسل والاصول على ان على التمدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك * فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع ببعضه لبعض أعنى ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار وبه رضى أيضاً أنقرة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في عين الدابة ربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهجة ما نقص في ثمنها قياساً على التمدى في الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قاتل الصاحب قولاً ولا تخالف له من الصحابة وقوله مع هذا يخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف * فسبب الخلاف اذا معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصو ولوما أشبه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري

بعض قيمته على كل حال وعمدة من إيراد القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أخرى لأن النفس أعظم حرمة من المال وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرى إذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعى وعمدة أبى حنيفة أن الأموال تضمن بالضرر ورة إليها أصله المضطر إلى طعام النعير ولا حرمة للبعر من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المكروهة على الزناهل على مكرها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصدق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صدق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للإنسان فلم يسقط أحدهما إلا آخر أصله السرقة التي يجب بها عتد غرم المال والقطع . وأما من يوجب الصدق فتعلق في ذلك بعينين ، أحدهما أنه إذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثاني أن الصدق ليس مقابل البضع وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعياً وإذا كان ذلك كذلك فلا صدق في النكاح الذي على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبني عليها بناء يساوى قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على القاصب بالهدم ويأخذ المصوب منه أسطوانته وقال أبو حنيفة تقوت بالقيمة كقول مالك فحين غير المصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعى لا يفوت المصوب بشئ من الزيادة وههنا اقضى هذا الكتاب .

« (بسم الله الرحمن الرحيم) »

« (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً) »

« (كتاب الاستحقاق) »

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكامها هذا الكتاب إن أنشئ المستحق من بدنه إنسان بما ثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من بدنه الشيء المستحق بشرائه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بشئ أو مضمون

فاما ان كان اسحق منه أقله فانه انما يرجع عندما لاك على الذى اشتراه منه بقية ما اسحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان اسحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بمن وان كان اشتراه بالمقون رجع بالمقون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يحضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير زيادة أو قصان فاما ان كان تغير زيادة فلا يخلو ان يتغير زيادة من قبل الذى اسحق من يده الشيء . أو زيادة من ذات الشيء فاما الزيادة من ذات الشيء فياخذها المستحق مثل ان تمنع الجارية أو يكسر التلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار فيبنى فيها فتمسحق من يده فانه مخير بين أن يدفع بقية الزيادة ويأخذ ما استحقه و بين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجه على أنها حرة فخرج أمة فانهم اغتفوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلفوا في أخذ قيمته . وأما الام قليل يأخذها بعينها و قيل يأخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحق بمبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الفر و لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضماناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلك عنده . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثاً فيطير عليه وارث آخر فيسحق بعض ما في يده فانه يراد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثماً مثل العبد يسحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن فقيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أى وقت تصح الغلة للمستحق قليل يوم الحكم و قيل من يوم ثبوت الحق و قيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احدى هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولاً فيها ثم فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقبل انها للمستحق ما لم يقطف و قيل ما لم يمسح وما لم يقطف و يرجع عليه بما سقى وما لم يمسح من يده وهذا

ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشترىها بعد الابار فالتمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقي والملاج وقال أشهب هي للمستحق ما لم تجذ والارض اذا استحققت فالكرام انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زرع بعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذه ثمتا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه ثمن ما باع من النقض قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعقد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول القيراني اذا كان المستحق مشترى بعض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعض مثله لا بقيته وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجيء على أصول القيراني يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : ككل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما)

• (كتاب الهبات) •

والنظر في الهبة في اركانها وفي شروطها وفي أنواعها وفي احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فهمنا من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب والهبة . أما الواهب فانه لم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختل في حال المرض وفي حال السفه والفس . أما المر بضع فقال الجمهور انها في ثلثه تشبهاً بالوصية أعني الهبة التامة بشرطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذامات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض
الآن بديل دليل من كتاب أوسنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والأمراض التي
يحجر فيها ذهاب الجهو رمى الأمراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل السكون
بين الصفيين وقرب الحمل من الوضع وراكب البحر المريح وفيه اختلاف . وأما الأمراض
المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون
فلا خلاف عندهم من قول بالحجر عليهم أن هبهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صحيح
ملكه وانفقوا على أن لا انسان أن يهب جميع ماله للاجنبي واختلقوا في تفضيل الرجل بمض
ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار
بكرهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلاً عن أن
يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون
بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وإن كان قد
اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال أن أباه بشير أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال أني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته
مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرجعه واتق مالك والبخاري ومسلم على
هذا اللفظ قالوا لا يرجع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه
قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن
يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فإذا كان ذلك للاجنبي فهو لولد أخرى
واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نخل عائشة جزاً من عشرة بن وسقاً من مال الغابة فلما
حضرته الوفاة قال والله يا بنيسة ما من أحد أحب إلى غني بعمدي منك ولا اعز عليّ فقراً
بعمدي منك وإنني كنت نخلتك جزاً من عشرة بن وسقاً فلو كنت جذذنيه واحتزته كان لك وإعما
هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به التذنب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته
ألسنت تريد أن يكونوا لك في البر والالطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري . وأما مالك
فانه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على
الوجوب فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن ينحس الرجل بمض أولاده بجميع
ماله فبسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للنهي الوارد وذلك أن النهي يقتضي
عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الأمر الوجوب فن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس

حمل الحديث على التدب أو خصمه في بعض الصور كما فصل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك المدول بها عن ظاهرها أعني أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الخطر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فإلما لم يحز عندم القياس في الشرع اعقدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحریم التغضيل في الهبة واختلقوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح المفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الرهر وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يحز بيعه لم تحز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فاشهرها القبض أعني أن العلماء ختلقوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فتأق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجزى على القبض كالبيع سواء فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله إذا باع تصصيل أن علم فتوائى لم يكن له إلا الثمن وإن قام في القور كان له الموهوب فإلك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقدرى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبهاً بالبيع وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبى بكر رضى الله عنه في حديث هبته لما أشته المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال ما بال رجال يتحلون أبناءهم بخلائهم بمسكونها فإن مات ابن أحدكم قال ما لى يبدى لم اعطه أحدأ وإن مات قال هولاء بنى قد كنت اعطيته إياه فنحل نخلة فلم يحزها الذى نحلها للمتحول له وأما حتى تكون أن مات لورثته فبى باطلة وهو قول على قالوا وهو إجماع من الصحابة لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف . وأما مالك فاعقد إلا مرين جميعاً أعنى القياس وما روى عن الصحابة

وجمع بينهما فمن حيث هي عند من العقول يمكن عند شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى فوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على أن الاب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللصغير السفية ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيرهم وأنه يكفي في الحيابة له اشهاد بهلبة والا اعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل في ذلك عند جمهور واهمالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنته صغيرة لم يبلغ ان يجوز نخلته فاعلى ذلك واشهد عليه فهي حيازة وان وليها وقال مالك والمحابة لا بد من الحيابة في المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر الروض بمثل قول الفقهاء أعني انه يكفي في ذلك اعلانه وإشهاد به . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرج الاب عن يده الى بدغيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف او ائاء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك اليهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصي يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب وروى عنه مالك وقال غير من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عند قوم مقام الاب .

« (القول في أنواع الهبات) »

والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد به الثواب والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فاما الهبة لتغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في احكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه يبيعاً مجهول الثمن قال هو من بيعوع الثمن راتني لا يجوز ومن لم يراها يبيع مجهول قال يجوز وكان مالك يجعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عند من اذ المريض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل نلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا نلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر

على ماسيأى بعد قاذأ اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما اذا أزم القصة فهناك بيع انعقد وانما يجمل مالك الحية على الثواب إذا اختلقوا في ذلك وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب اهقير للفقير أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب . واما هبات المنافع فتنها ما هي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمري مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه تختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها انها مبنية على أى انها مبنية للرقبة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة ، والقول الثانى انه ليس للعمير فيها الا المنفعة فاذن ماتت عادت الرقبة للعمير أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكركم القبة عادت اذا انقطع القبة الى العمير أو إلى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هي عمري لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للعمير فإذا لم يذكركم القبة عادت الرقبة بعد موت العمير للعمير أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والمصلحة للآخر . اما الأثر في ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعرم عمري له ولعقبه فاتها الذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها أبدا لأنه اعطاه وعقدت فيه الموارث ، والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يه مشرك الا نصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تمروها فن أعرشيتا حياته فهو حياته ومماته وقدر وى عن جابر فقط آخر لا تمروها ولا ترقبوا فن أعرشيتا أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر يخالف لشرط العمير وحديث مالك عنه يخالف أيضا لشرط العمير الا انه يخيل انه أقل في مخالفة وذلك ان ذكركم القبة يثبت العطية فن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك . واما من قال ان العمري تعود الى المصير ان لم يذكر القبة ولا تعود ان ذكركم اخذ بظاهر الحديث . واما حديث أبى الزبير عن جابر فختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك قال جمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخداف بخلاف العمري وان لفظ القبة فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقادة يسوون بين السكنى والتعمير في انها لا تنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمري والحق ان الاسكان والتعمير المعنى

المفهوم منها واحد وأنه يجب أن يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه اهل الظاهر .

(التول في الاحكام) ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصاف في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهو وعلماء المدينة ان الاعتصاف ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضاً ان يعتصم ما وهبت ان كان الاب حياً وقدرى عن مالك انها لا تعتصم وقال أحمد واهل الظاهر لا يجوز للاحد ان يعتصم ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصم ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله انه لا يجوز للاحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الأ^٢ثار فمن لم ير الاعتصاف أصلاً احتج بمعوم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: المائد في هبته كالكلب يمود في قبته ومن استثنى ابو بن احيى حديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام: لا يجلب لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس قلقت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصاف الا لذوي الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال: من وهب هبة لصلته رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد التواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وايضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كالأموال انفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهو والعلماء على ان من تصدق على ابنه فبات الابن بسدان حازها فانه يرثها وفي مراسلات مالك ان رجلاً انفصار يامن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهل كافورث ابنيها المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام: فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بيمينك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وانها ماتت وتركك تلك الوليدة قال صلى الله عليه وسلم: وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصاف للاحد لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمر لا تشتره في القرس الذي تصدق به فان المائد في هبته كالكلب يمود في قبته والحديث متفق على صحته * قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من معاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما يمتح ليعم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين ، القسم الاول النظر في الاركان ، والثاني في الاحكام ونحن فأنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

﴿ القول في الاركان ﴾ والاركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عنده مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب وقال ابو حنيفة لا يجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فأنهم اختلفوا على ان الوصية لا تجوز لو ارث اقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختفوا هل تجوز زنا سيرة القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز زنا لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس رد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحمزة هؤلاء ظاهرو قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربين » والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه عندهم لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لو ارث اذا لم يحجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزني لا تجوز به وسبب الخلاف هل المنع لعملة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المقيوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو موقوف للمعنى ام ليس بموقوف واختلفوا في الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفي هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا في ذلك بمدونه فتقبل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالقرع بين ان يكون الورثة في عيال الميت أولاً ولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب .

﴿ القول في الموصى به ﴾ والنظر في جنسه وقدره . أما جنسه فأنهم اختلفوا على جواز الوصية

في الرقاب واختلقوا في المنافع قتال جمهور قهواء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر . وما القدر فان العلماء اختلفوا على انه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلقوا فمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن لا وارث بماتت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاصم بن مولى وهب قال له قال له يارسول الله قد بلغ مني الوجع ماترى وأنا ذومال ولا يرثني الابنة فأتى فأصدق بثلاث مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد قال لاشترط قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكفون الناس فصار الناس لكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلقوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام : في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالنفس وأوصى عمر بالربع والنفس أحب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فاتهم باعتدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مال الكالا لا يجز ذلك والا وراعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي علل بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكفون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكفون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعملة أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث .

(القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا

المعقد عندهم من العقود الجائزة بائناً أعني أن الموصى أن يرجع فيما أوصى به إلا المدبرقاتهم
اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بمدون
الموصى واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط في صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له أيها
شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعي أنه ليس القبول شرطاً في صحتها ومالك شبهها
بالهبة .

(القول في الاحكام) وهذه الاحكام منها فظية ومنها حسائية ومنها حكمية فمن مسائلهم
المشهوره الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما
هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة تخييرون بين أن
يعطوه ذلك الذي عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة
والشافعي وأبو نوري وأحمد ودادود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى
وقبوله أيها بائناً فكيف يتقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة
مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة
وذلك أنه قال إذا ادعى الورثة ذلك كقولنا ما ادعوا فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر
الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكاً للورثة وإن كان الثلث أقل جبروا على إخراج
وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك أن الورثة تخييرون بين أن
يدفعوا إليه ما وصى له به أو يرجعوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه وإما
في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعي له ثلث تلك
العين ويكون بباقيها شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث * وسبب
الخلافاً أن الميت لما تمسدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه فهل لا عدل في حق الورثة أن
يخيروا بين أمضاء الوصية أو يرجعوا إلى غايه ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل
التمسدى ويعود ذلك الحق مشتركاً وهذا هو الأولى إذا قلنا أن التمسدى هو في التعيين لكونه
أكثر من الثلث أعني أن الواجب أن يستقط التعيين وأما أن يكلف الورثة أن ينصوا التعيين
أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو محل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم في عين وجبت عليه زكاة
فما لم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك إذا لم يوص بها
لم يلزم الورثة إخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة إخراجها من رأس المال وإذا وصى بها فعند
مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال

شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: فدين الله أحق أن يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق وكان مال الكاتبة هنا على الورثة أعني في وصيته باخراجها قال ولو أجزه هذا لجازل لانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء بردي الخاصة وانفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيّق عنها الثلث اذا كانت مستوية أنها تتخاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم. ومن مسائلهم الحسابة المشهورة في هذا الباب اذا وصى لرجل بنصف ماله ولا خير بثليته ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقسمان الثلث بينهما أحماساً وقال أبو حنيفة بل يقسمان الثلث بالسوية. وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في التسعة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في التسعة اذا كان مشاعا قال يقتصمون المال أحماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كالألو كان معيّنًا قال يقتصمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا وصى بحز من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكأها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعمدونه بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكاتبة التي للامام ان يوصي بها.

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الفرائض)

والنظر في هذا الكتاب فحين يرث وفين لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً أو مع وارت دون وارت واذا ورث مع غيره فكيف يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارت فهل يختلف ذلك بحسب وارت وارت أولاً يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه

كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس
جنس من أجناس الورثة إذا اقر ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك
ان ينظر الى الولد إذا اقر حكم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فاما
الأجناس الوارثة فهي ثلاثة و نسب وأصهار وموالى . فمأذو و النسب فنهاتفق عليها
ومنها يختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي القروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الآباء
والاجداد ذكوراً كانوا أو إناثاً وكذلك القروع المشاركة للميت في الاصل الأدنى أعنى
الاخوة ذكوراً وإناثاً أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحدوم الأعمام وبنو الأعمام
وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء
سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من
أى جهة كان أعنى للام والاب أو لأحدهما وابن الاخ وان سفل والم وابن الم وان سفل
والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفل والام والجدة وان علت
والاخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام ومنهم من لا فرض لهم في
كتاب الله ولا هم عصبية وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات
الأعمام والم أخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والأعمام والخالات والاخوال
فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث
لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر
الاقاق الى توريتهم والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا في صفة توريتهم فذهب ابو حنيفة
وأصحابه الى توريتهم على ترتيب العصابات وذهب سائر من ورثهم الى الترتيل وهو ان يزل
كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبية بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله
ان الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شئ الا بكتاب أو سنة
ثابتة أو إجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على
ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى «وأولوا الارحام بعضهم
أولى ببعض» وقوله تعالى «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون» واسم القرابة ينطلق
على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموارث . وأما السنة فاحصوها
بما خرج الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال: الله ورسوله مولى من لا مولى له والمخال وارث من لا وارث له . وأما من طريق

المعنى فان القدامى من اصحاب ابى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقدم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعنى أن من اجتمع له سببان اولى من له سبب واحد . واما أبو زيد ومتأخروا اصحابه فشبّهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند قدها اصحاب القروض والمعصيات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللقريى الاول اعتراضات فى هذه المقاييس فهاضعف واذا قد تقرر هذا فلتشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم والبن من كوراً وانا تاملاً هو أن للذ كرمهم مثل حظ الاثنيى وأن الابن الواحد اذا اُخرد فله جميع المال وأن البنات اذا اُخردن فكانت واحدة لها النصف وان كن ثلثاً فافوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب فى اختلافهم تردد المصنف فى قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنين فلهن الثلثان ترك » هل حكم الاثنين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والا يظهر من باب دليل الخطاب انهما لا حقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنين الثلثين قال فيها أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل قد قيل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاختلاف فى هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذ كرم مثل حظ الاثنيى » الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند قده البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاثنى روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد قسم ولا الزوج من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكراً بن فى مرتبتين أو أبدين منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يصعب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون للمال للذ كرم مثل حظ الاثنيى وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب

ابو نور وداودانه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكركرأفوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه لذكركم مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم للذكركم مثل حظ الانثيين» وأن ولد الولد وللمن طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من في درجته في حصة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي نور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: اقموا المال بين اهل القرائض على كتاب الله عز وجل فباقت القرائض فلاولى رجل ذكرومن طريق المعنى أيضاً ان بنت الابن لما تراثت مفردة من الفاضل عن الثلثين كان اخرى أن لا تراث مع غيرها وسبب اختلافهم تمارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يحجبهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حصة قريبة من حصة داود والجمهور على أن ذكرولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا تراكمتوفى بنتاً لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكركر ان لبنات الابن السدس تسكلة الثلثين وخلفت الشيعة في ذلك فتألت لا تراث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال في ابن الابن مع الابن فلا اختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصباً مطلقاً وقيل يرثن تعصباً الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضاً اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تسكلة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكراً كان الولد أو انثى الاما ذكركنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم تترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع فان ترك ولداً أو ولد ابن فالثمن وانه ليس بمحجبه أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لو ررد النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية . .

• (ميراث الاب والام) •

وأجمع العلماء على أن الاب اذا اُهرِد كان له جميع المال وأنه اذا اُهرِد الابوان كان للام اثنتان وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه اثنتان): وأجمعوا على أن فرض الابوين من ميراث ابنتهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعني أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولا يورثه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو المذكور دون الابن وخالفهم في ذلك من شذ • وأجمعوا على أن الاب لا ينتص مع ذوى القرائن من السدس وله مازاد • وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) • واختلفوا في أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنتان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فافوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنتان قال الاخوة الحاجبون هما اثنتان أعني في قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف أن المذكور والابن يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا تقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكور على المؤنث إذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى يحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين يحبوا وللأب اثنتان لانه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاستناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالقرابين وهي فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجاً وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللأب ما بقى وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللأب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضاً لانه اذا فرض

وللاب مابقى لانه عاصب وقال أيضاً في الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانه ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شرح القاضي وداود ابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا اغردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقي من المال وكانهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجاً عن الأصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى وللاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل وبكثرة وما عليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وما عليه الفريق الثاني مع عدم التعليل اظهر وأغنى بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببي الانسان أولى بالابتار أعني الاب من الام .

(ميراث الاخوة للام)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا اغردا الواحد منهم ان له السدس ذكر أكان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية لذلك منهم مثل حفظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجدة ابوالاب وان علا والبنون ذكراتهم واناتهم وبنو البنين وان سفولاً ذكراتهم واناتهم وهذا كله لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلاله أو امرأه أو له أخ أو أخت) الآية وذلك الاجماع انفسد على أن المقصود بهذه الآية ميراث الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من امه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلاله هي فقد الاصناف الاربعه التي ذكرنا من النسب أعني الاباء والاجداد والبنين وبنو البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون في الكلاله أيضاً اما الاخت اذا اغردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثاً قلد كرمثل حفظ الايتين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفونك قل الله يفتيك في الكلاله) الا انهم اختلفوا في معنى الكلاله هاهنا في أشياء وانهم اختلفوا في أشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا أو اناثاً انهم لا يرثون مع الولد الذكوري ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيتاً واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت

أوالبنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فُضِّل عن البنات وذهب دلويد بن على الظاهري وطائفة الى ان الاخت لا ترت مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن واخت ان البنات النصف ولا ابنة الابن السدس تسكلة الثلثين وما بقي فلاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة القريبي الاخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هالك ايسر له ولد وله اخت) فلم يجعل للاخت شيئاً الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقدر وى ذلك في حديث حسن من رواية الاحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فلاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور بمصين ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجته وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشفاعة الثلثين فالباقي للذكر من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته في مسئلة بنات الصلب وعلى البنين ان يستكملن الثلثين فلذلك عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة القريبيين في هذه المسئلة هي تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند تقدم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبين يابى سداً بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي القرية التي تعرف بالمشركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وترك زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيسترقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال

من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وابي بن كعب وأبو موسى الاشعري لا يشتركون اخوة الاب والام في الثلث مع اخوة الام في هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى واحمد وأبو نوري وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشتركون في الاخوة للام في السبب الذي به يستخرجون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفر دوايه دونهم لانه اذا اشترى كوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشترى كوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقاق عصبة فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من تركز وجاؤا مأواخا واحدا لأم واخوة شقاق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقي بين اثنين مع انهم مشركون في الام * فبسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعرض المنايس واشتراك الانقاط في فيه نص

• ميراث الجد •

وأجمع علماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقاق أو حجب الاخوة الاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو نوري والزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود وجماعة واتفق على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على أن يرث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب انه قه ما في المعنى أعني من قبل ان كليهما أب للميت ومن انه قه ما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على انه قه ما فيها حتى ان قدرى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما بنى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الاب ابنا ولا يجعل أب الاب أباً وقد أجمعوا على انه ميت في أحكام آخر سوى الفريضة ومنها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعق على حفيده كما يعق الاب على الابن وأنه لا يقتص له من جد كما يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب الى الميت من الجد لان الجد أبواى الميت والاخ ابن أبى الميت والابن اقرب من الاب وأيضاً فاما أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب وانهم يدلى بالجد * فبسبب الخلاف تعرض القياس في هذا الباب فان قيل ففى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى فلنا قياس من ساون بين الاب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في

المرتبة الثانية أو الثالثة وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل أحق بالثمن من المشارك له في الاصل والجد ليس هو أصلاً للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخر بث من قبله فرع لا أصل للميت فالذي هو أصل لا أصله اولى من الذي هو فرع لا أصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يبدل بالبنة والجد يبدل بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجد اب للميت والبنة وانما هي اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني الموروث واما البنة التي تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لاب الموروث لان الابوة التي لاب الموروث هي ابوة مالموروث اعني بيعة وليس البنة التي لاب الموروث بنوة مالموروث لا قربية ولا بيعة فن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يبدل بالثمن الذي من قبله كان الميراث بالبنة وهو الاب والجد يبدل بالابوة هو قول غلط مخيل لان الجد اب ما وليس الاخ ابنا ما بالجدة الاخ لاحق من لو احق الميت وانه امر عارض والجد سبب من أسبابه والنسب أمك للثمن من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجدة مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهبه زيد في ذلك انه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذوفرض مسمى أولاً يكون فان لم يكن معه ذوفرض مسمى اعطى الفضل له من اثنين اماثل المال واما ان يكون كواحد من الاخوة المذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . واما ان كان معهم ذوفرض مسمى فانه يبدأ باهل القروض فيأخذوا فرضهم فباقي أعطى الفضل له من ثلاث اماثل ما بقي بعد حفظ ذوى القرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سئذ ذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضي الله عنه فكان يعطى الجد الا حظاً له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد أو الاخوة غيرهم من ذوى القرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لم يجمعوا ان البناء لا ينقصونه منه شيئاً كان أخرى أن لا

ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب لم
وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة بقول علي رضي الله عنه قال
أبو حنيفة . وأما القرية التي تعرف بالاكدرية وهي امرأة توفيت وتركزت وجاؤا مأوأخناً
شقيقة وجد أفان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج
النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان علي
ابن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف
ولللجد السدس قرية إلا أن زيد أجمع سهم الأخت والجد فيقسم ذلك بينهم المذكور مثل حظ
الاثنيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع انتشاره الذي قال به زيد
في هذه القرية ويقل زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدره قول زيد
فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول والعول قال جمهور الصحابة وقفهاء الامصار
الابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وابع الله لو قدم من
قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت قرية في سهم له وأبها قدم الله وأبها أخر الله قال كل
قرية في سهم لم يهبها الله عز وجل عن موجبها الا الى قرية أخرى فهي ما قدم الله وكل
قرية في سهم اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فتلك التي أخر الله فالاول مثل الزوجة
والام والتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا جفع الصنفان بدى من قدم الله فان
بقى شيء فلمن أخر الله والافلاشي له قيل له فيلما قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب
زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون
الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الا ان
يكون الشقائق أخناً واحدة فانها تعاد الجد باخوتها للاب ما بينهما وبين ان تستكمل قرية بضتها
وهي النصف وان كان فيها مجازها ولا خوتها الا بيهما فضل عن نصف رأس المال كله
فهو لا خوتها الا بيهما المذكور مثل حظ الاثنيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لم
فاما على رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق
يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضاً مخالف الاصول أعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف
الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب في القرية التي تدعى الحرقاء وهي أم وأخت وجد
على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد
وحجباؤه الأخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب علي رضي الله عنه الى أن

اللام الثلث وللأخت النصف وما بقي للعجد وذهب عنان إلى أن للام الثلث وللأخت الثلث وللجدة الثلث وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجدة الثلث وللأم السدس وكان يقول معاذ الله أن أفضل أمًا على جد وذهب يزيد إلى أن للام الثلث وما بقي بين الجد والأخت
لذلك كمثل حفظ الاتيين

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس مع عدم الأم وأن للجدة أيضاً أم الأب عند فقد الأب السدس فإن اجتمعاً كان السدس بينهما واختلوا فإيسوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم بفرض لها السدس فريضة فإذا اجتمعت الجدات كان السدس بينهما إذا كان قعداً مساوياً وكانت أم الأب أقعداً كانت أم الأم أقعداً أى أقرب إلى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الأب شئ وقد روى عنه أنها أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجمع على نور بينهما وكان الأوزاعي واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنين من قبل الأب أم الأب وأم ابى الأب أعني الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم ابى الأب أعني الجد وأم ابى الأم أعني الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يستقط القصوى بالدنيا إذا كانت من جهة واحدة وروى عن ابن عباس أن الجدة كلام إذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بذهب زيد ما رواه مالك أنه قال جاءت الجدة إلى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فأرجى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهم السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأغذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما كان القضاء الذى قضى به إلا غيرك وما أنا بذا نافع في الفرائض ولكنه ذلك السدس فإن اجتمعتا فيه فهو لكما وأنتا تفردين به فهو لها وروى مالك أيضاً أنه أتت

الجدتان الى أبي بكر فارادان بجعل السدس التي من قبل الام فقال له رجل اما انك تترك التي لو ماتت وهو حي كان اياها برث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فوجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة . واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عينة عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث بما رضى واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة ودادود وقال آخر ورثت الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شرح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوباً بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وأيضاً قلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة تقر بقى الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال اول جدة اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جد مع ابنها وابنها حتى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وام الام لا يحجب بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيد الا في بضعة واحدة وهي امرأة هلكت وترك زوجاً وأماً وإخوة لأم وإخوة لاب وام وجد أمة لملك للزوج النصف وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للاخوة الشئ شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة الشئ شيء خالف مالك في هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب ومحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو اولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

(باب في الحجب)

وأجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من المأخى الاب وابن المأخى الاب الشقيق أولى من ابن المأخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بينهم ومن حجب منهم صفراً فهو يحجب من محجبه ذلك الصنف وبالجملة . اما الاخوة فلا قرب منهم يحجب الا بعد فإذا استروا محجب منهم من أدلى بسببين ام واحد من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك

الاعمام الاقرب منهم يحجب الابد فان استوا واحجب من بدلى منهم الى الميت بسببين من
تدلى بسبب واحد اعني انه يحجب الم احوالاب لاب وام الم الذي هو احوالاب لاب
فقط واجموا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو
أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنهم والاباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون
الاخوة والجدة يحجب من فوقهم من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من
تحجبه الاخوة والجدة يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة شقائق
و بنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فمن ترك
ابن عم احدهما أخ للام قتل مالك والشافعي وأبو حنيفة وأبو ثوري الاخ للام السدس من
جهة ما هو أخ لأم وهو في باقي المسائل مع ابن عم الآخر عصبة يتصمونه بينهم على السواء وهو
قول على رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المد كله لابن العم الذي هو أخ لأم يأخذ
سدسه بالأخوة وبنيته بالمعصية لا بد قد أدلى بسببين وعمن قل بهذا القول من الصحابة ابن
مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد
ما بقي من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضيلة لم تستوفها الفرائض ولم
يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفضل في بيت المد وبه قال مالك
والشافعي وقل جل الصحابة بالرد على ذوى الفرائض ما عدا الزوج والنزوجة فان كانوا
اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء فقهاء
على أن الرد يكون لهم بقدر سهمهم من كان له نصف اخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء جزء
وعندهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجمع لهم سببان
وللمسلمين سبب واحد وهما مثل مشيورة الخلاف بين أهل العلم فيها تتعلق باسباب
الموارث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله
تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ولم يثبت من قوله عليه الصلاة
السلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث
المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وقتها الى ما مضى الى أنه لا يرث المسلم
الكافر بهذا الاتفاق وذهب ما ذهب جيل ومجموعة من الصحابة وسعيد بن المسيب
ومسروق من التابعين وجهه الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بفسادهم فقالوا كما
يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث وروا في ذلك

حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالتصاص في الدماء التي لا تسكافاً. وأما مال المرتد إذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء المجاز هو الجماعة المسلمين ولا يرثه قراجه وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد بن الصنابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور النكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضي الله عنهما وعمدة القريبي الأول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو أن قراجه أولى من المسلمين لأنهم يدلون ببينين بالاسلام والتقربة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وورعاً أكدوا بما يثبت له من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الا ما روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون له حرمة اسلامية ولذلك يجوز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بتضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول بوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين له ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت له المسلمين عند ما يرتدوا ظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على تورث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلافوا في تورث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو نوري والثوري وداد وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً النصارى واليهود والصابئين ملة والجوس ومن لا كتاب لهم ملة والاسلام ملة وقدرى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المقصود من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في تورث الحلاء والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعني انهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون الا ببينة تشهد

على أنسابهم وبه قال شرح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلاً وروى عن عمر
الثلاثة الأقوال إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث الأيمن ولدى بلاد العرب وهو قول عثمان
وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم فتنهم من رأى أن لا يورثون إلا
بينته وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا لابنته العادلة وعن قال بهذا
القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن
نزوا على حكم الإسلام فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون وهذا يخرج منه أنهم يتوارثون
بلا بينة لأن مالك لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فما أن سبوا فلا قبل قولهم
في ذلك ونحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك أنهم قالوا أن
خرجوا إلى بلاد الإسلام وليس لأحد عليهم بدقيقت دعواهم في أنسابهم . وأما أن ادركهم
السبي والرق فلا قبل قولهم إلا بينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان
وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد وعمران من لا يرث لا يحجب مثل
الكافر والمملوك وانتقل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعني
بأهل الكتاب وبأنبياء وبالماتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور أن الحجب
في معنى الارث وانما امتلا زمان وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت واختلف
العلماء في الذين يغدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف
يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من
بعضهم وإن ميراثهم جميعاً لم يبق من قراباتهم الوارثين أوليت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث
وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب على وعمر رضي الله
عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيأخذ كل غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين إلى أنهم
يتوارثون وصفتهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون
ما ورث بعضهم من بعض أعني أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون
الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج
وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج
من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الألف التي كانت سيد الزوج دون الخمسمائة
التي ورث منها بهما وذلك ما تان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
في ميراث ولدا الملائنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولدا الملائنة

يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقي لبيت المال إلا أن يكون له أخوة لأم فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والاقاباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد على الأم ببيعة المال وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبة عصبته أمه أعنى الذين يرثونها وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا يجعلون عصبة عصبته أمه الأمع فقد الأم وكانوا يتركون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى «فإن لم يكن له ولود ورثة أبواه فلامه الثلث» فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فذهبا الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه الحق ولد الملاعنة بأمه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه ولو رثته وحديث وإثالة بن الاستع عن النبي صلى الله عليه وسلم لم قل: المرأة تحوز ثلاثة أموال عتيقها ولقيطها ولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم يثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره * قل اتقاضى هذه الآثار المصير إليها وأوجب لأمه فد خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة تخص بها الكتاب ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أول تصح عندهم وهذا أقول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في المصدر الأول واشتهر في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فإن هذا ليس يستلزم بالقياس والله أعلم ومن مسائل نبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم ومن ترك ابنتين وأقرأحدهم بأخ ثالث وإنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث بعنق المتمر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المتمر أن يعطيه من الميراث شيئاً واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المتمر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما يبيده وكذلك الحكم عندما لك وأبي حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً أقر بأخ له خراعى أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث. وأما الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث، والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطولية ويجعلها مسألة عامة وهو أن كل من يجوز المال

يثبت النسب بإقراره وإن كان واحداً أياً أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الأولى وفي
أجيب قوله في هذه المسئلة أعني القول الغير المشهور أن النسب لا يثبت إلا بشاهدي عدل
وحيث لا يثبت فلا ميراث لأن النسب أصل والميراث فرع وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد
الفرع وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر فلا يثبت عليه
إلا بشاهدين عدلين وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر فأقراره فيه عامل لأنه حق أقرب به على
نفسه والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله
وعالي وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريك في الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية في
اثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يجوز للميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن
ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبي وقاص عبد أبي أخيه
سعد بن أبي وقاص ابن ابن وليدة زمعة فقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن
أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عبد أبي فيه فقام إليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي
ولد علي فراشه فتسارفاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي
قد كان عبد أبي فيه فقام إليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هلاك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الولد للفرأش وللأهر الجحر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأي من شبهة بعثتني
أبي وقاص قال فرأها حتى لقي الله عز وجل فتضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إن لم يكن هنالك وارث منازعه وأما أكثر
النفهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عنهم عن الأصل المجمع عليه في
اثبات النسب وهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار
أخيه به والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل ولذلك تأويل الأس في ذلك
تأويلات فقالت طائفة أنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لأنه يمكن أن
يكون قد علم أن تلك الأمة كان بطؤها زمعة بن قيس وإنما كانت فراشاً له قالوا وما يؤكده
ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فمكن أن لا يخفى
عليه أمرها وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بذهب مالك
لأنه لا يقضى القاضي عنده بعلمه ويليق بذهب الشافعي على قوله الآخر أعني الذي لا يثبت
فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا إنما أمر سودة بالحجة احتياطاً لشبهة الشبهة لأن ذلك

كان واجباً وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الأخت عن اخيهما وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق بنسبه قول عتبة ولا بعلبه بالفرش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام: هولك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة اييك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفرش وللعاشر الحجر وقال الطحاوي انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولك يا عبد بن زمة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد الاقط على اللقطة وهذا التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفرش وللعاشر الحجر . وأما المعنى الذى يعقده الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند القرائنه اقرار شهادة لا اقرار خلافة فيردان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه وانفق الجمهور على أن اولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلحق ولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفرش في أقل من ستة أشهر إمام من وقت العتد وإمام من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد قرقها واعرزلها واختلقوا في أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالتأد ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعي الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأنت بولدة ستة أشهر من وقت العدة لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أنت بولدة ستة أشهر فكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراس له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراس الا بمكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه السلام: الولد للفرش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلقوا من هذا الباب في اثبات النسب بالنافذة وذلك عندما يطرأ رجلان في طهر واحد بك عينا أو بفسكاح ويصوّر الحكم ايضا بالقافة في اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول نشأة أشخاص الناس فقال بالقافة من قضاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عندهؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وإبطال للسقوط والمنتول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولداً له فادعاهما فأنظر اليه فقال القافة لقد اشترى كافي فضر به عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتي في ابل لاهلها فلا يفرقها حتى يظن وظن انه قد اسقى بها حمل ثم انصرف عنها فاهربت عليه دما ثم خلف هذا عليها فعنى الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القافة فقال عمر للقلام والأيها شئت قالوا فقصا عمر بمحض من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالا جماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر العصبى حتى يبلغ ويقال له والأيها شئت ولا يلحق واحد بثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما اذا زعم القافة انهما اشترى كافي وعندما لك انه ليس يكون ابناً لثنتين لقوله تعالى «يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكروا أنثى» واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً أتى رقب أسارى ووجهه فقال ألم نسمع ما قال محرز المدلجى لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذا لاقدام بعضهما من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا يخالفهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الاصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشترى كافي الفراش كان ذلك بينهما وكاهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان أحدهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قافة واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن . ثم أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ورواه الثوري عن صالح
 ابن حي عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان علي بن أبي طالب فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر
 واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فأبى ففرع بينهم وقضى بالولد للذي
 أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي لدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه ونضح حتى
 بدت نواجذه وفي هذا القول انما ذالحكم بالفاقة والحاق الولد بالقرعة واختلقوا في ميراث
 القتال على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القتال أصلاً من قتله وقال آخر ون يرث القتال وهم
 الأقل وفرق قيم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ الأمان لدية
 وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتل بأمرو واجب أو بغير واجب
 مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم أو لا يتهم * وسب الخلاف
 معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك ان النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث
 لئلا يتدفع الناس من الموارث الى القتل واباع الظاهر والتعبد بوجوب أن لا يلتفت الى ذلك
 فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان تركه نسبياً كما يقول الظاهرية
 واختلقوا في الوارث الذي ليس بمسلم بمسلم بدموت موروثة المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك
 ان كان مورثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فن كان
 اليوم ائدي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده
 وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه
 ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة
 المعتبر في ذلك يوم التسمي وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى
 الله عليه وسلم: أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض
 أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فن اعتبر وقت القسمة حكم التسمي في ذلك
 الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للتسمي بحكم الاسلام
 وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فحين أعطي
 من الورثة بعد الموت وقبل انقسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال
 القاضي ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنفس أو بصر أو ولاء وكان قد

قيل في الذي يكون بالسب والصهر فيجب ان تذكرها هنا الولاء لمن يجب ومن يجب فيه
من لا يجب ومن أحكمه .

• (باب في الولاء) •

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب .

المسألة الاولى : أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولأه له وإنه يرثه
إذا لم يكن له وارث وأنه عصبه له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمل فأما كون الولاء للمعتق
عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا إذا
أعتق عبده عن غيره فقل مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي بشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي
ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وإن أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للمعتق
وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : أنولأ لمن أعتق وقوله عليه الصلاة
والسلام : الولاء لعمه كنفحة النسب قالوا فله يميز أن يتحقق نسب بالخر غير أنه فكذلك
الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له
أصله إذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه أياه فأشبهه الوكيل ولذلك
اتفقوا على أنه إذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعندما ملكه من قبل لبيده أنت حر
لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق .

المسألة الثانية : اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال
مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاؤه وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه إذا ولاءه
وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلاً آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من
ولائه إلى ولا غيرهم لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة
الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق وإنما هذه هي التي يعونها
الحاضرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للمصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً
بالحكوم عليه لا يشارك فيه غيره أعني أن لا يكون ولاً بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق
فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالمسألة قوله تعالى «ولكل جعلنا مالاً مما
ترك الوالدان والاقرابون» وقوله تعالى «والذين عاهدت إيمانكم فاتوهم نصيبهم» وحجة من
قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث نعيم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحمق الناس وأولاهم بحياته وماله وقضى به

عمر بن عبد العزيز وعمدة القريبي الأول أن قوله تعالى «والذين عاهدت أيمانكم» منسوخة بآية المواريث وإن ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا والاء السائبة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريده بمعنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاؤه حيث شاء وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والأوزاعي وكان إبراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي المنهج المتقدمة في المسئلة التي قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بمذالك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدته فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن أنه برئه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد . وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يخلطوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود للولاء ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذي عبده النصراني قبل ان يسلم احد هاتم اسلم العبد أن الولاء يرتفع فان اسلم المولى عاد اليه وإن كانوا اختلفوا في الخبرين يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليه المسلمين فقال مالك هو مولاه برئه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبدان بوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف أشهب مالك قال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابدأ وقال ابن الناصم يعود وهو معنى قول مالك لأن مالك اعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى ان يسترقي بعضهم بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون انه من ملهم .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأهسهن او ما جر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل مدق معتقها

اوابن معتقها وانهم لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياساً على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعدة الجمهور ان الولاء انما واجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر المعتق او كان من سبب قوى من اسباب بهوهم المعصية

قال القاضي واذا قدر من له ولاء ممن ليس له ولاء بقي النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء الكبير مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين وابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا واحداً البنين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنته وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنته بخلاف الميراث لان المحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للمعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من اهل البصرة حتى الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بحجر الولاء وهو رتبها أن يكون عبد له بنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك أنهم انفتوا على أن ولاءهم بعد اعتق الام اذ لم عس المولود الرقي بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد المعتق وقبل اعتق الاب هو لموا الى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يحجر ولاء بنيه لموا اليه أم لا يحجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم الى أنه يحجروه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزيير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يحجرونه ولا موروثي عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدث به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قدر وى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء مذهب مالك الى أن الجديحجر ولا محضه اذا كان أبوم عبداً إلا أن يمتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتقدوا في ذلك على أن ولاء الجدا انما يثبت لمعتق الجدا على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للعبد وعمدة الفريق الثاني

أن عبودية الاب هي كونه فوجب أن ينتقل الولاء الى أبي الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للمصيبة فيما أعلم أن البناء أحق من الأب وأما أنه لا ينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تمصياً من الابوة والاب أضعف تمصياً والاخوة وبنوهم أقدم عند مالك من الجد وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقدم منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تمصياً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تمصياً فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة أصلاً أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يحصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنوه وبنى بنيه وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاد وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لمصبتها لانهم الذين يقولون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار . وهو مخالف لاهل هذا السلف لان بن المرأة ليس من عصبتها ثم كتاب القرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فممن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فائما نذكر من هذا الابواب ما فيها من المسائل المشهورة التي تتعلق أكثرها بالمسوع . فاما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام المالك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المربض وحكه فاما من أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في

الرهن أنه يجوز وإن احاط الدين بمال الرهن مالم يحجر عليه الخا كم وعمدة من منع عتقه
 ان ماله في تلك الحال مستحق للفر ما عاقل يس له ان يخرج منه شئ بغير عوض وهي العلة التي بها
 يحجر الخا كم عليه التصرف والاحكام بحجب ان توجد مع وجود عتقها وتنجير الخا كم ليس
 بعتة وانما هو حكم واجبه من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة القريق الثاني انه
 قد انقصد الاجماع على ان له ان يخطأ جاريته ويحبها ولا يرد شيئاً مما اتفق من ماله على نفسه
 وعياله حتى يضرب الخا كم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفه هذا الحكم وهذا هو
 قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه
 وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ماله الا ما الكاوا كثر اصابه فانهم
 اجازوا عتقه لام ولده . واما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صبح وقع وان مات كان من
 الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمر ان ابن الحصين
 أن رجلاً اعتق ستة اعبده الحديث على ما تقدم . واما من يدخل عليهم المتق كرهاً فهم ثلاثة
 من بعض المتق وهذا متفق عليه في احد قسميه واثان مختلف فيهما واما من ملك من يعتق
 عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض المتق فانه يتقسم قسمين ، احدهما من وقع تبعض المتق
 منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق ، والثاني أن يكون ملك العبد كله ولكن بعض عتقه
 اختياراً فانه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك
 فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل ان كان المعتق موسراً أقوم عليه نصيب شريكه قبة
 العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه وان كان المعتق معسراً لم يلزمه
 شئ وبقي المعتق بمضيه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً
 سمي العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون
 ولاؤه الاول وبه قال الاوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن
 شبرمة وابن أبي ليلى جملوا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك
 المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة
 لشريك المومر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما
 وهذا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثاني أن يقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد
 السعي في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما والسيد المعتق عبده عندما اذا قوم عليه شريكه
 نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي

حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قبة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شتصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذه فيما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المأرضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وإن في القاطلة أيضاً بين رواته اضطراباً ومما وهن به المال يكون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية. وإمامن طريق المعنى فأعقدت المالكية في ذلك على أنه انما لازم السيد التتويج إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى إن الحرية حق ما شرعى لا يجوز تبعضه فإذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه وإذا كان معسراً سعى العبد في قيته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخر على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا به قياساً شبيهاً وقالوا لما كان المعتق موجوداً منه في الشرع نوعان، نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه ويجب أن يكون المعتق بالسعي كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي في أحق قوله إذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لم يسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قبة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فأنما يجب بعد إتيان له فاذن بنفس العتق ألتف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الانلاف وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لأنه قد عتق المعتق وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ ثقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصبة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيباً له في عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم

على المعسر السكك وينفذ العتق فمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المحتق موسراً
أو معسراً و يتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا
كله خلاف الأحاديث ولعلمهم بطلبهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع
وهو إذا كان معسراً افتأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى يسر قعيل قوم وقيل لا يقوم
واتفق القائلون بهذه إلا نأ على أن من ملك باختياره شقة صاعاً يعتق عليه من عبداً أنه يعتق عليه
الباقى إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجده لا اختياره فيه وهو أن يملكه بمرات فقال قوم يعتق
عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * وإذا
ملك السيد جميع العبد فاعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق ومالك والشافعي والثوري
والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى وعبد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو
حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسمى العبد في الباقي وهو قول طاووس
وحمد وعمدة استدلال الجمهور أنه ثبت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق
كان أخرى إن يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على
المبعض للعتق هو الضرر الداخلى على شريكه فإذا كان ذلك كله ملكاً لم يكن هناك ضرر *
فبسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعض
أو مضرة الشريك واحتج حنفية بمار وإسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق
نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور مار وإسماعيل
وأبو داود عن أنى المليح عن أبيه أن رجلاً من هذيل أعتق شقة صاعاً من مملوك فقم النبي
عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها
الجمهور وصارت علمهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة * فسبب اختلافهم
تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس * وأما الاعتاق الذى يكون بالمشقة فإن
العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والأوزاعي من مثل بعده أعتق عليه وقال أبو حنيفة
والشافعي لا يعتق عليه وشذ الأوزاعي فقال من مثل ببدغيه أعتق عليه والجمهور على
أنه بضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله أعفد حديث عمر وبن شعيب
عن أبيه عن جده أن زبناً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأثنى النبي
صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حلك على ما فعلت
فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنتم حر وعمدة الجمهور

الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم المعتقد في ذلك وإنما تدب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو ان لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمعوا والملاء على انه يعتق على الرجل بالتراباة الاداود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربي والذين قالوا بالعتق اختلفوا فبين يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة ، أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات وآبائهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة ، والثاني فرع وعه وهم الابناء والبنات وولدهم ماسفلوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى ، والثالث الفرع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا اباء أم أولاد فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على التريب فقط فلم يوجب عتق بني الاخوة ، وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في المودعين الاعلى والاسفل وخلفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالم والمعة والخال والخاله وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتر به فيمتمته خروجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وان لم يشتره لم يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرة المذهب من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان مملوكا لوصا بالكان اللفظ الا ان يشتر به فيعتق عليه وعمدة الحنفية مار واد قتادة عن الحسن عن مرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتقد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تخرج لذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وان لم يجمع معها القول تعالى (وما ينبت للرحمن أن يتخذ ولداً) أن كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة

والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وإنما أراد الله تعالى أن البنوة تساوي الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جداً حتى أنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التي هاهنا شيء نسبتبه إليه نسبة الأب إلى الابن بل أن نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس أنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بتغير اختياره: وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالبيع وذلك أن الفقهاء اختلفوا فمن اعتق عبيد له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة إذا اعتق في مرضه ولا مال له سواهم فهو ثلاثة أجزاء واعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالك في العتق المبطل في المرض فقال جميعاً نعم القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المذبر ولا خلاف في مذهب مالك أن المذبر ين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم التملك أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء واعتبروا في ثلث الجميع القبة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعتد مالك إذا كانوا ستة أعبد مثلاً اعتق منهم الثلث بالقبة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد أن يجير وأعلى القسمة أثلاثاً وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة اعتق منهم اثنين وان كانوا مثلاً سبعة اعتق منهم اثنين وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين أن رجلاً اعتق ستة مملوكين عندهم ولم يكن لهم مال غيرهم فعد رسول الله صلى الله عليه وسلم خزانة ثلثهم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة أخرجه البخاري

ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق
الاحتداد إذا خالفها الأصول انما يتبته بالتواتر وعمدتهم انه قد اوجب السيد لكل واحد منهم
العتق تماماً فلو كان له مال لتعذبا جماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر
الثالث الجزاء فعمل السيد فيه وهذا الاصل ليس يتأمن قواعداً للشرع في هذا الموضوع وذلك انه
يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم اثالث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين
وقد ازم الشرع ببعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتم عليه جمع في اشخاص
بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبيع
العتق فذلك كان الاولى ان يستمر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد
منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حتى الناس واختلفوا في مال العبد
اذا اعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ما له تبع له وبالأول قال ابن مسعود
من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة وأبو ثوري وأحمد واسحق والثاني قال ابن عمر وعائشة
والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحنابلة لم يحدوا حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من أعتق عبد أف له له الا ان يشترط السيد ماله: وأما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها
كناية عند أكثر فقهاء الامصار وأما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول أنت حر أو أنت عتق
وما تصرف من هذه فهذه الالفاظ. نازم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول
السيد لعبد لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك فهذه بنوى فيها السيد العبد هل أراد به العتق
أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبد يا بني أو لامته يا بني أو
قال يا بني أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا تعتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذز فر فقال
لوقال السيد لعبد هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشر ون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن
هذا الباب اخلافهم فحين قال لعبد ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال
قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه
فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الاول فقيس بعتان عليه
جميعاً وقيل بنوى وانفقوا على ان من أعتق مافي بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا
فحين أعتق أمة واستثنى مافي بطنها فقالت طائفة له استثناءه وقالت طائفة مما حران واختلفوا
في سقوط العتق بالمشبته فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر
فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبد أنت حر ان شاء الله وكذلك

يختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك يقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع ومجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة القرعة الثانية تشبيههم إياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الإيمان فيه شبيهة بإيمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة فمنها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والمبودة للام وشذ قوم فقالوا إلا أن يكون الأب عريياً ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل فقال قوم ليس له أن يظاها أن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واختلفوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فمن قال لبعده أن يمتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم إن باعه يعتق عليه أعني من مال البائع إذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفرع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً)

(كتاب الكتابة)

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان فثلاثة المقد وشروطه وصفته والعاقبة والمعقود عليه وصفاتها ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس .

(القول في مسائل المقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الامصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكانت يمينهم خيراً) والامر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم لم يروا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوك حملوا هذه الآية على التدب اثلاً تكون معارضة لهذا الأصل وأيضاً فأنهم لم يكن لالمبدان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بموضع

فأحرى أن لا يحكم له عليه بوجه عن غير عوض هو مالكة وذلك أن كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام القدمين أن تكون من أركانه وهذا المقيد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فأركان هذا العقد الثمن والمثمن والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذي يشترط في اليوع واختلقوا إذا كان في لفظه إيهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فن اعتبر في هذا طلب المغالبة شبهه باليوع ومن رأى أن هذا العقد مقصود بالمكرمة وعدم التشاح جوز فيه الفرار اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفتح الدين في الدين وضع وتمجل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعاً وعمدة من أجاز أنه ليس بين السيد وعبده بالانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلقوا في هل يجوز حالة وذلك أيضاً بحد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ورفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبد الكتابة الا أنه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كن باع جارية واشترط أن لا يظاها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبد قد كاتبك على الف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلقوا اذا قال له قد كاتبك على الف درهم وسكت هل يكون حر أدون أن يقول له فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حر أحق بصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم

ومالك فحين قال لعبدته انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغيره من الغرماء وقيل العبد باختيار فان اختار الحرية لزمه المال وهذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم ونحو الكتابة عند مالك على عمل عبود ونحوه عند الكتابة المطلقة ورد ان الى كتابة مثله كالحال في النكاح ونحوه الكتابة عنده على قبعة العبد اعنى كتابة مثله في الزمان والتمن ومن هنا قيل انه يجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العتدان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لا اختلافهم في منعه وم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم مخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على التدب والذين قالوا بذلك اختلفوا في التقدير الواجب فقال بعضهم ما يطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده واما المكاتب فقيم مسائل .

احداها هل يجوز كتابة امر ارق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبداً واحد وهل يجوز كتابة من علك في العبد بمضيه بغير اذن شريكه وهل يجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل يجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوى على السعي الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنهها الشافعي الا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه ابي حنيفة بين السيد وعبيده مالا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انها هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ واما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبداً فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حلاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحدهم منهم الا يستق جميعهم فيه ايضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم قوم وهو احد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حلاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بطلاق عند الكتابة اعنى حالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بطلاق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بطلاق العقد ويستحق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الفرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك

مجهول وعمدة من اجازته ان الفرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبد والعبد وماله لسيده وماله مالك فحجته انما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فن رأى ان حمالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر في حالة العبد بعضهم عن بعض وانما الذي يظهر في ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يحجز من يتدر على السعي بعجز من لا يتدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضاً ان الجمع يكون سبباً لان يخرج حرأمن لا يتدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرأ فلو كما يعود برق من يتدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يتدر على السعي وأما أبو حنيفة فشبه بحمالة الاجنبي مع الاجنبي في الحقوق اتى تجوز فيها الحجة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضاً لا يجوز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما ان يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرفت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه بالقول الاول قال مالك وبالثاني قال ابن ابي ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له قول آخر مثل قول مالك وعمدة ذلك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا في بعض العتق ومن رأى ان له ان يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا بواقفه عليه الخصم لكن ليس يمنع من محبة الاصل ان لا يواقفه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذه الشريك اثنان نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسمى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبته من لا يتدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب ان يكون قويا على السعي لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الحس الذي اشتطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم خيراً فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم

لحديث بريدة أنها كوتبت على أن تسأل الناس وكره مالك أن تكتب الامة التي لا اكتساب لها بصناعة عتاقة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

* (القول في المكاتب) *

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه بجميع الجسم واختفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بالله إلا أن يجيز المراء ذلك إذا كان في عمن كتابته أن يمتثل عمن رقبته وأما كتابة المريض فاتها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتحجز أو يموت فتكون من الثلث كالمعتق سواء وقد قيل إن حابي كان كذلك وإن لم يحاب سمى فان أدى وهو الرض عتق ونجوز عنده كتابة النصراني المسلم وياع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا العتدهو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة عمن لا يدخل وغير ما بقى عليه من حجر الرق مما يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

* (الجنس الأول) *

فلم يمتد بخرج من الرق فانسهم فاتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلقوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابه شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني انه يعتق منه قدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فأكثر ، والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجة أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال أبا عبد كاتب على مائة أوقية فادها الا عشرة أواق فهو عبد و أبا عبد كاتب على مائة دينار فادها الا عشرة فهو عبد و عمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكتاب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بلال كالأفلس من اشتراه منه الى أجل وقدمات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما أدى مارواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكتاب بقدر ما أدى دية حر و بقدر ما رقى منه دية عبد خرجته النساء والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من حيفة وهذا القول قال على اعنى بحديث ابن عباس و روى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التدبر اذا صدر منهم انه محمول على ان فى ذلك سنة بلقنهم وفى المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق و بقى غريما فى باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والا شهر عن عمر وام سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتدده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم محجة لا شك فيها روى ذلك مالك فى موطنه وايضا فهو احوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع لما اذا افلس المشتري .

﴿ الجنس الثانى ﴾

واما متى رقى فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قد بينا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الاسبب فقال الشافعى الكتابة عند لازم فى حق العبد وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عند لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على التعجز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجز و يأباه العبد او بالعكس اعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة و يريد العبد التعجز واما اذا اتفقا على التعجز فلا يخلو الامر من قسمين ، احدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولدا أولا يكون فان كان دخل ولدى الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان ، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال و به قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فاما ان طلب العبد التعجز وبنى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على

السعي واما ان اراد السيد التعجير وابعاد العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان
يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء وترجع الى عمداتهم في اصل
الخلاص في المسئلة فعمدة الشافعي ما روى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان
تشتريني وتعتقني فقالت لها ان اراد اهلك فجات اهلها فباعوها وهي مكتوبة خرجها البخاري
وعمدة المالكية تشبههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون
كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا في الطرفين واما
ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فنخرج عن الاصول وعلاوا
حديث بريرة بان الذي باع اهلها كانت كتابتها لارقبتها والحفية قولنا كان المقلب في
الكتابة حق العبد وجب ان يكون المقدل زما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد اصله
النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة
والمالكية تعتزض هذا بان تقول انه عقد لازم فباو قعه بالامور اذ كان ليس له ان
يسترجع الصداق

* (الجنس الثالث) *

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدي الكتابة فانه قاطع على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من
الكتابة شيئا أنه يرق واختلوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه
وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي فوا على نجوم أيهم حتى
يعجزوا أو يمتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رفقوا وانه ان فضل عن
الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس بزمه الا ولده الذين هم في
الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو
حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا
في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين
كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله للسيد وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا
من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصبة الاب عنهم وبسقوط حصبة الاب عنهم
قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي
وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرأس وانما قال هؤلاء بسقوط حصبة الاب عن

الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة لان من ولده اولاد في الكتابة فهم تبع لا بهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم خلاه عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لاتضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين * وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعي انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذامات المكاتب فليس حراً بعد لان حر بنه انما يجب بأداء كتابته وهو لم يؤديها بعد فقد بقي انه مات عبداً لا نه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لا نه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فحمل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث اولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذامات المكاتب وترك بنين لا يقدر ان يورث على السمي وادارت الام ان تسمى عليهم فقال مالك له اذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذامات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السمي وترك أم ولد لا يستطيع السمي انها تباع ويؤدي منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذامات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد اعتقت والارقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل مارك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا اولاد وفي الكتابة وانما عليهم السمي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولا بدومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

* (الجنس الرابع) *

وهو النظر فمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على

دخول ما ولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بطلاق العقد قال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعني إذا اشترطه الم كاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك

(الجنس الخامس)

وهو النظر فيما يحجر فيه على الم كاتب عمالا يحجر وما بقى من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للم كاتب ان يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهاها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً ممن غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بعبته أو يعتقه الابعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازاه ان السبب المنفع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يحزمه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقد صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد من الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتحاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم ياذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة والجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات الم كاتب قبل ان يعتق كان ولا عبده لنسيده وان مات وقد عتق الم كاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لنسيده وعمدة من لم يحزم عتق الم كاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام اتما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للم كاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبده عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للم كاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وابعاض بعضهم النكاح له واما السفر فباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وابعاضه سجنون من اصحاب مالك ولم يحزم للسيد ان يشترطه على الم كاتب وابعاضه ابن القاسم في السفر

القریب والملة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذر بعة الى عجزه والملة في جواز السفران به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال، اقدمها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والبول الثاني انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان يطلق عقد الكتابة له ان يسافر الا ان يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكتب عبداً له فجاز ذلك مالك ما لم يرد به الحماة وبه قال أبو حنيفة والثوري والشافعي قولان، اقدمهما اثبات الكتابة، والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الرجح فاشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاة ائتمن ولا ولا للمكاتب لانه ليس بحر وانفقوا على أنه لا يجوز للسيد ان يزاع شي من ماله ولا الاستفاد منه بشي واختلقوا في وطء السيد امته المكتوبة فصار الجهور الى منع ذلك وقال احمد وادود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء منع القرقة فيه الى اجل آت فاشبهه النكاح الى اجل وعمدة الثوري الثاني تشبيهها بالمدينة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منو ذلك اذا وطئها هل عليه حدام لا قتال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلقوا في إيجاب الصداق لها والعلماء فيها أعلم على انه في احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عنده مشتربه وقال بعضهم يبيعه جائز ما لم يود شيامن كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيأ وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبه وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد وقدم الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم ام لا وكذلك اختلقوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك واجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن اجاز ذلك شبه بيها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الفرر وكذلك شبهه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أترعن النبي صلى الله عليه وسلم : اعنى في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بمرض معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين وان

كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب او فضة معجلين او بعرض مخالف واذا اعتق قولاً للمكاتب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل السيدان يجير عبده على الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فيها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هي مبسوطه في كتب الفروع وليس كتابا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها بهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لا يختلفون فيها هو منها شرط من شروط الصحة وليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعيد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً للآمن الشروط وهي الشروط التي ان تمسك بها المشتري فسد العقد وان لم تمسك بها جاز وهذا ينبغي ان نفهمه في سائر العقود الشرعية في مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اشترط في الكتابة شرط من خدمة او سفر او نحوه وقوى على اداء نحوه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا اعنفه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في اصول هذا الكتاب وهذه مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على انها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بته من مكاتبته ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي ينسخ النكاح لانها لم تملك جزءاً منه وملك بين المرأة محرم عليها باجماع وقال ابو حنيفة يصح النكاح لان الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل

بخاص سبيده الفرماء ام لا فقال الجمهور لا بخاص الفرماء وقال شرح وابن أبي ليلى وجماعة يضرب السيد مع الفرماء وكذلك اختطفوا اذا افلس وعليه دين بغرق ما ييده هل يعمدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعي وابو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد وانفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنائيات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل بخاص سيده الفرماء ولا بخاص هو من كتاب التعليل والقول في جنائيته وهو من باب الجنائيات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافاً في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتخالفان ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذي حضر منها الآن في الذكروه ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قرية من المسموع فينبغي ان ثبت في هذا الموضع اذ كان القصد اعماها واثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ما مره انما هو ان ثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها وذلك من المسائل المسكوت عنها التي شغل الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم او لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم اصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا قل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى او لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب اصول الفقيه الذي يقتضيه مذهب وبموجب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحو روم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهب مجرى الاصول للتفرع عنها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في

الاحكام والقنوى بيدان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كافتاريتية الاجتهاد اذا
تقدم فعمل من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان اخص
الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما

(كتاب التدبير)

والنظر في التدبير في اركانه وفي احكامه . اما الاركان فهي اربعة المني واللفظ والمدير والمدير
وأما الاحكام فصنفان احكام المعنى واحكام المدير .

﴿ الركن الاول ﴾

فنعول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لمعبده انت حر عن درمى او
يطلق فيقول انت مدير وهذا انهما عندنا لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على
صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لازما
والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن
معنى الوصية او حكم التدبير اعني اذا قال انت حر بدموتى قتال مالك اذا قال وهو صحيح انت
حر بدموتى قلنا هاتيه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير
وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه بقول مالك قال ابن القاسم
و يقول ابي حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على
سفر او يكون مريضاً وما اشبه ذلك من الاحوال التي جرت العادة ان يكتب الناس فيها
وصاياهم فملى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ
هو من القاط صريح التدبير . واما على مذهب من يفرق فهو امامان كنايات التدبير واما ليس
من كناياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا
من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدير فانه
اتفقوا على ان الذى قبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعق على سيده سواء
ملك كله أو بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضاً فذكر مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر

حظه خياراً ، احدهما ان يتقوامانه فان اشتراه الذي دبره كان مديراً كله وان لم يشتريه انتفض التدبير ، والخيار الثاني ان يقومه عليه الشريك وقال ابو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسمى العبد في قيمة الحصصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسمى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المديبر نصفه او ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مديبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يغفل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الاحكام لامن الاركان اعني احكام المديبر فثبتت في الاحكام وأما المديبر فاتفقوا على ان من شرطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً او مريضاً وان من شرطه ان لا يكون من احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على ان الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير السفية فهذه هي اركان هذا الباب . واما احكامه فاصولها راجعة الى اجناس خمسة : احدها ما اذا يخرج المديبر هل من رأس المال او الثلث ، والثاني ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه اعني مادام مديراً ، والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه ، والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه ، والخامس في احكام تبعيض التدبير .

• (الجنس الاول) •

فاما ما اذا يخرج المديبر اذا مات المديبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل نظاهر فن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقدر روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : المديبر من الثلث الا انه ائرضعيف عند اهل الحديث لانه رواه على بن طبيان عن نافع عن عبد الله بن عمرو وعلى بن طبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرج الانسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلامه في محنته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاماً آخر فضايق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المديبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم العتق المبطل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي احق بكتاب الوصايا .



(وأما الجنس الثاني)

فأشهر مسألة فيه هي هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور له أن يرجع فيبيع مدبره وقال الأوزاعي لا يباع إلا من رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو إذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً ورعاً بشبهه بالصبي . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لأنه عتق إلى أجل فشبّه بالولد أو شبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامه في حدوده وطلاقة وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الأوزاعي كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبّهها بالولد ومن لم يحز ذلك شبّهها بالعتقة إلى أجل ومن منع وطء المعتقة إلى أجل شبّهها بالنكحة إلى أجل وهي المنعة وانفقوا على أن السيد في المدبر الخدمه ولسيده أن ينزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك إلا أن يمرض مرضاً يخوفه فيكره له ذلك .

(الجنس الثالث)

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فإن من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها وبقون رقها وقال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه أنهم لا يعتقون بعتقها وجميعوا على أنه إذا اعتنتها سيدها في حياته أنهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج أيضاً بجمعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرماً مطلقاً وجب اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول ونحصيل مذهب مالك في هذا أن كل

امراً فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبه فكاتب وان كانت مدبرة فمدبر
أومعتة الى اجل فعتق الى أجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر
وكذلك المعتق بعرضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في
الرق والحرية وما بينهما من العقود المقضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن امة
زوجها عربي وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين انه تابع لآبيه ان حراً فحر أو ان عبداً
فعبداً وان مكاتباً فكاتباً واختلفوا في المدبر اذا نسرى فولده فقال مالك حكمه حكم الاب
يعني انه مدبر وقال الشافعي وابو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على
ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على
موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انزاعه منه وليس
يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

(الجنس الرابع)

واما النظر في تبيع التدبير فقد قلنا فجن در حظاً له في عيده دون ان يدبر شر يكره ونقله الى هذا
الموضع أو الى فلينقل اليه . وامامنا در جزأ من عبده هوله كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل
قياساً على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو ميطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو
حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقاً للقيمة او لبعضها ومن هذا
الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم المبدقل موت سيده فقال الشافعي
يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده
النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله
وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسمى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند
مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم)
 وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً
 (كتاب أمهات الأولاد)

واصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وإن كانت لا تباع ففي تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها سيدها من أحكام المبودية ومتى تكون حرة .
 ﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم قالت اب عن عمر رض الله عنه انه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين ومجهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن وما اعقد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عندهم بقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينصكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون ليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتأخرين من اهل الظاهر اختلفوا في هذا الاصل فقضا وذلك انهم لا يسلون منع بيعها حملا وما اعقده الجمهور في هذا الباب من الاتمرار روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم : اعنتها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات و كلا الحديثين لا يثبت عندهم الحديث حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشأن وربما قالوا ايضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضها منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رض الله عنه حين رأى ان لا يمين فقال خالطت لحومنا

لحومهن ودمائهن واما متى تكون ام ولد فانهم اغتوا على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منها او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها او ولدها وقال ابو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس ان تكون ام ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام : بشت لا نعلم مكارم الاخلاق . واما بما اذا تكون ام ولد فان مالك قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقه وقال الشافعي لا بد ان يؤثر في ذلك شيء مثل الحلقة والخطيط واختلف فهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يستحق انه مولود . واما ما بقي فيها من احكام العبودية فانهم اغتوا على انها في شهادتها وحدودها ودينها وأرث جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس برون ههنا سببا طارئا عليها بوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاها ايها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما ملك رقبته بالبيع يملك استجارها الا انه يرى ان اجارة بنهما من غيره جائزة لان حرمتهم عنده اضعف وعمدة الشافعي ان عقاد الاجماع على انه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف رد داجارتيها بين اصلين احدهم وطؤها ، والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شيئا . واما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان ذلك الوقت هو اذ مات السيد . ولا أعلم الا ان أحدا قال تعق من اثنت وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من التث

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الجنائيات)

والجنائيات التي لها حد ومشروعة اربع جنائيات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا وجنات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنائيات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذًا بحرب سمي حراية اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي نعيًا ومأخوذًا على وجه المغاغة من حرز يسمى سرقة وما كان منها معلوم تبة وقوة سلطان سمي

غصباً وجنابات على الاعراض وهو المسمى قذا وجنابات بالتمدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذا مما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلينبتدى منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إيا قصاص وإما مال وهو الذي يسمى الدية فإذا النظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح والنظر ايضا في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولاً هذا الكتاب الى كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلينبتدى من القصاص في النفوس .

« كتاب القصاص في النفوس »

والنظر اولاً في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب اعنى الموجب للقصاص والى النظر في الواجب اعنى القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلينبتدى اولاً بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذي يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا باى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدوده يقتل محدوده ومقتول محدوده اذا كان المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فلينبتدى من النظر في القاتل ثم في القتل ثم في المقتول .

« القول في شروط القاتل »

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون « قلاباً بالناً مختاراً للقتل مباشر أو غير مباشر له فيه غيره واختلافوا في المسكر والمسكره وبالجملة الاً تمر والمباشر فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو حنيفة والشافعي على المباشر دون الاً تمر ويعاقب

الأمور وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للأمر على الأمور وأما إذا كان للأمر سلطان على الأمور أعني المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الأمر دون الأمور وبما قبل الأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتل الأمر دون الأمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على الأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذي يسقط من علو والذي تحمله الریح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر الأمور بالإكراه ولا الأمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الأمر فقط شبه الأمور بالأئمة التي لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمده أنه ليس بنطق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة وقد اعتمدت المائكية في قتل المكره على القتل بالقتل بالجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انساناً كلياً وأما المشارك للقاتل عمد في القتل فتدبر القتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكفراً وغير مكفّف وسند كرمه عند قتل الجاعة بالواحد وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطئ أو مكفّف وغير مكفّف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عندهم لا يقيدهم الحر بالعبد فإن العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالوا في الحر والعبد يقتلان العبد عمد أن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية أن هذه شبهة فإن القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون إقانة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر الى المصلحة التي تنمضي التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفراداً بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس. وأما مصفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك فيه الا في الابن مع أبيه وقد قيل أنه يتخرج

عنه في ذلك رواية أخرى وبأنيابه قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والغيرة ولا تخالف لهم من الصحابة والذين قالوا فيها هو شبه العمد ما ليس بعمد وذلك راجع في الغلب إلى الآلات التي بها يقع القتل وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من النصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضرراً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأً فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمدانه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أولاً يقصده وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وأما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب أخيراً لئلا يقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعني حكم من قصد القتل قتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه لئلا لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حتمنا لا في حق الآخر في نفسه عند الله تعالى أما شبهة للعمد فمن جهة ما قصد ضرب به وأما شبهة للخطأ فمن جهة أنه ضرب به لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الإنسان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والمصا والحجر دية مغتظة مائة من الإبل منها أربعون في بطونها وأولادها إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاستداف كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وإن كان أبو داود وغيره قد خرجوه فهذا النحو من القتل عندهم لا يثبت به القصاص وعند من أثبتة نجيب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه النضب والناثرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أبيع له الأدب. وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً للمقاتل والذي به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير وانتقوا على أن المقتول إذا كان مكافئاً للمقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة إذا لم يجتمع أما الحر إذا قتل العبد عمدًا فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد أحصح بدليل الخطاب المقهوم من قوله تعالى «كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد» ومن قال يقتل الحر بالعبد أحصح بقوله عليه

الصلاة والسلام: المسلمون تنكفأ دماؤهم ويسمى بدمتهم أذناهم ويدعى من سواهم
 * فسيب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق ضعيف ولا خلاف بينهم أن
 العبد يقتل بالحر وكذلك الانتص بالاعلى ومن الحجة أيضاً أن قال يقتل الحر بالعبد مارواه
 الحسن عن سفرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طر بقى المعنى قالوا
 ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحرء وأما قتل
 المؤمن بالكافر الذمى فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر
 وعن قال به الشافعي والثوري وأحدوداود وجماعة وقال قوم يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة
 وأصحابه وابن أبى ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه
 فيذبجه وبخاصة على ماله فعمدة الترياق الأول ماروى من حديث على أنه سأله قيس بن
 عباد والاشترهل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد ألم يعهده الى الناس قال لا إلا
 ما في كتابي هذا وأخرج كتاب من قراب سيفه فإذا فيه المؤمنون تنكفأ دماؤهم ويسمى
 بدمتهم أذناهم ويدعى من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهد من أحدث
 حدثاً أو أبى عهداً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين أخرجه أبو داود وروى أيضاً
 عن عمر وبن شبيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر
 واحتجوا في ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحرى الذى آمن وأما أصحاب أبى حنيفة
 فاعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث برويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني
 قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا
 أحق من وفى بعهد روى ذلك عن عمر قالوا وهذا محصص للعموم قوله عليه الصلاة والسلام
 لا يقتل مؤمن بكافر أى أنه لا يده الكافر الحرى دون الكافر المأهول وضعف أهل الحديث
 حديث عبد الرحمن السلماني ومار وامن ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فانهم اعتدوا
 على اجماع المسلمين في أن يذم المسلم قطعاً إذا سرق من مال الذمى قالوا فإذا كانت حرمة ماله
 كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه * فسيب الخلاف تعارض الآثار والقياس ولما
 قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو
 حنيفة والشافعي والثوري وأحدوداود وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال
 عمر حتى روى أنه قال لو عملاً عليه أهل صناء لقتلهم جميعاً وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل
 الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه

الطائفة لا تقطع ايدي يد أعني اذا اشترك اثنان فافوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد ووقت الحنفية بين النفس والا طرف فقالوا وقتل الاخص بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب النصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى «ولكم في القصاص حياة يا أولى الالباب» واذا كان ذلك كذلك فلو لم يقتل الجماعة بالواحد لتدفع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احدا فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اطلاق النفس غالباً على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين» واما قول الذي ذكر بالاثني فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الاما حكى عن علي من الصحابة وعن عثمان التي انه اذا قتل الرجل المرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي ابو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري انه لا يقتل الذي ذكر بالاثني وحكاة الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوي لقوله تعالى (والاثني بالاثني) وان كان يعارض دليل الخطاب هاهنا العموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهي مسألة تختلف فيها أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والا عباد في قتل الرجل المرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلقوا من هذا الباب في الاب والابن فقال مالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضممه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصي فقتله لم يقتل وكذلك الحد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بولده الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين. وسبب اختلافهم ما روي عنه يحيى بن سعيد عن عمر بن شعيب ان رجلاً من بني مدج قال له قتادة حذف ابناً بالسيف فاحاب ساقه فزى جرحه فأت قدمه سراقه بن جشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك فقال له عمر اعد على ما عقيد عشرين ومائة يعبر حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال ابن أخو المقتول فقال ها انا اقل خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان

مال كاحمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب. وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمداً لاجتماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمداً. وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يثبت له ان كان ليس بقتل غيلة فأنما يحمل قاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فالك لم يثبتهم الاب حيث أنهم الاجنبي لقوة المحبة التي بين الاب والابن والجمهور انما عللوا رد الحجة عن الاب لكان حقه على الابن والذي يجي على اصول أهل الظاهر أن يقادف هذا القول في الموجب

﴿ وأما القول في الموجب ﴾ فاتفقوا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو النعفو اما على الدية واما على غير الدية واختلقوا هل الانتقال من القصاص الى النعفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا ثبت الدية الا بتراضي الفريقين أعنى الولي والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً أو النعفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى المقتص منه ب إعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وكثيرون المدبنة من أصحاب مالك وغيره لولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى اقاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الاولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة اثبات من قتل له قاتل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو عنها حديثان متفق على صحتها لكن الاول ضعيف الدلالة في انه ليس له الا القصاص والثاني نص في إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يقديها أصله اذا وجد الطعام في نخصة بقية مشله وعنده ما يشتره أعنى انه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان

للمقتول وأولياءه صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الأخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فأتى أهل زمانه بالرأية المشهورة وهو أن لا ينظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطران بضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في شئتين أحدهما فمن له العفو بمن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تسكنا في هل له العفو على الدية وأما من لم العفو بالجملة فهم الذين لم القيام بالدم والذين لم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمداً إذا كان له بنون بالفون فمقتل أحدهم أن القصاص قد بطل ووجب الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في اقتصاص وكذلك الزوجة والزواج والأخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والأخوة في القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الأمر في الزوجة والزواج وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعى كل وارث يتمير قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية وفي الأخذ به قال الشافعى القاتل منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم بالدم بالدية وعمدة الثوري الأولى أن الولاية انتهى للذكران دون الإناث واختلف العلماء في المقتول عمداً إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية فقال قوم إذا عفا المقتول عن دمه في الممضى ذلك ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو ومن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي في ثلاث إما العفو وإما القصاص وإما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشئ الذى جعل للولى أقبح مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق ها هنا هو المقتول يتصدق بدمه وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنبه وخطايه وأما اختلافهم

في غفوا المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان غفوه من ذلك في ثلثة الا أن يحيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله ومن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب ماله له بعد موته فلم يحز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يغفو عن الدم فهو أخرى أن يغفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا غفا عن الجروح عن الجراحات فأت منهاهل للاولياء أن يطلبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول نفوت عن الجراحات وعمّا يؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا غفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والمغفوع عن الجراحات غفوا عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا غفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد اسقاط دية الجرح الذي غفاه عنه وهو قول تنويري وأما من يرى أنه لا يغفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان غفوه عن الدم لا يسقط حق الولي فأحرى أن لا يسقط غفوه عن الجرح* واختلفوا في القاتل عمداً يعني عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجحد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد واسحاق وأبو نوري لا يجب عليه ذلك وقال أبو نوري الا ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا أن تضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون الا توقف ولا توقف ثابت في ذلك .

• (القول في القصاص) •

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص وعن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك ففهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فن قتل نفي قاتل نفي قاتل نفي قاتل يضرب بحجر قاتل بثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا ان يطول تمديده بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فبين حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لما لك في احتذاء صورة القتل وكذلك فبين قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بآي وجه قتله لم يقتل بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قودا لا يجدية وعمدة القريق الاول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس

امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) والقصاص يقتضى المائلة وأما من يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان المداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم يكن مقرأ واختلقوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها كل كتاب القصاص في النفس واختلقوا في القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتض منه من أجل انه عليه السلام سمه هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

• (كتاب الجراح) •

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولينبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضاً ههنا في شروط الجراح والجرح الذى به يحق القصاص والجرح وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص وفى بدله ان كان له بدل

• (القول فى الجراح) •

و يشترط فى الجراح ان يكون مكتملاً كما يشترط ذلك فى القاتل وهو ان يكون بالغاً عاقلًا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان الخلاف فى مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحداً اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلقوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان في يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم الا نفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم ان الاطراف تتبع بعض واذا هلك النفس لا يتبع بعض واختلفت فى الابواب فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه فى الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل فى هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم

من أنبت وجرت عليه المواسي كأن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة .

« (القول في الجروح) »

وأما الجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ المبودية والكفر أما العبد والحرفانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فنه من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص من العبد للحر كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال: يقتص من الاعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الرويان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فذهى حال المبيد مع الاحرار وأما حال المبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة أقوال ، أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك ، والتمول الثاني انه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وانهم كالهم كالبهايم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها به قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة التفریق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم قراة قطع أذن عبد لقوم أغنياء فانوارسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

« (القول في الجروح) »

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه الممد أعنى الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون يتلف جارحة من جوارح الجروح أو لا يتلف فن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه القضب بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القتال بالمثل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من

جوارح الجرح وح فن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما إذا ضرب به على العضو نفسه فقطعه وضربه بأداة قطع العضو غالباً أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما أن ضربه ببطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما انظر منه أنه لم يقصد اتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقد عينه فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلفة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لا في الجرح وأما أن جرحه فالتلف عضو أعلى وجه اللعب ففيه قولان ، أحدهما وجوب القصاص ، والثاني تهيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلفة وقيل دية الخطأ أعني فيها دية وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشرط الذي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجرح وح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه عمل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار وهذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع التود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذين الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل أن يفتأ أعشى عين بصير واختلفوا من هذا في الأعور وفقاً عين الصحيح عمداً فقال الجمهور أن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود واختلفوا إذا اغتاعن القود فقال قوم أن أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له إلا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقتت عنه إلا القود أو ما اصطلاحاً عليه وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القودان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرر لصله فتأمل فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل

الجرح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحاً على أخذ الدية فيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أخذ قول مالك في الأعور وفقاً للصحيح أن الصحيح بخير بين أن يفأعين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

﴿ وأما متى يستقادم الجرح ﴾ فعند مالك أنه لا يستقادم جرح إلا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يؤل إليه أمر الجرح مخافة أن يفضي إلى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو نوري وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة نلت اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يفاذ عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل إن المصالح شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فها هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وبنينا أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ونبتدى بحكم الخطأ في النفس .

(كتاب الديات في النفوس)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسماة إلى أهله إلا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تازمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد إذا رضى بها إما القربان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فإما في أي قتل تجب فإما في نوعها وفي وقتها وفي العمد الذي تكون حرمته المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الركب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فإما في أي قتل تجب فإما في نوعها وفي وقتها وفي العمد الذي تكون حرمته المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الركب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فإما في أي قتل تجب فإما في نوعها وفي وقتها وفي العمد الذي تكون حرمته المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الركب والسائق والقائد

مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابه . وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنه اثنان أيضاً دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنه دية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلاح عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم يلزمه الدية عنه الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الاماروى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أربع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب ووربيعة والدية المغلظة عنده اثلاثا وثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربون خلقة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بابه . وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد اثلاثاً أيضاً . وروى ذلك أيضاً عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد اذا عفاولى الدم اتماساً كدية الخطأ واختلقوا في اسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي هي اتماس عشر وبنسة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب ووربيعة قال أبو حنيفة وأصحابه أعني الخميس الا انهم جمعوا لماكن ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعاً وروى عن سيدنا علي انه جعلها أربعاً أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مستند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكر وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيفة بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمر وبن شبيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لأعرف أحداً من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ اتماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مائة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء

جعلوها خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنات لبون وخمسا
وعشرين بنات مخاض كمار وى عن على وخرجه أبو داود وأغا صار الجهور الى تخميس دية
الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانهم لم تذكروا اسنان فيها وقياس من أخذ
بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربع فى شبه العمدة وان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول
فى دية العمد بالتثليث كما قدر وى ذلك عن الشافعى ومن لم يقل بالتثليث شبه العمدة بما دونه
فهذا هو مشهوراً فأولهم فى الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق
فانهم اختلفوا أيضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
الورق اثنى عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال
الشافعى بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بالغا ما بلغت
وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقوم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل
الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ماروا أيضاً
عن عمرانه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المتقال بها فى الزكاة وأما الشافعى
فيقول إن الاصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمرانها جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب
واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لأن ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه
والحجة له مار وى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف
من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال أن الابل قد غلت
فقرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
البقر مائتي بقر وعلى أهل الشاة التى شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم
يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لما كان دية لو كان تقوم عمر بدلا لكان ذلك ديناً يدين
لأجماهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن
الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن
والفقهاء السبعة المدينون بوضع على أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتي بقره وعلى أهل
البرود مائتي حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو
بكر بن أبي شعبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم
ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الفاشاة وعلى أهل البقر مائتي بقره وعلى أهل

البرود ما تاحلة وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فصد لها من الشاة الف شاة ولان أهل العراق أيضاً رواعن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصاً وعمدة القري الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخليل على أهل الخليل وهذا لا يقول به أحد والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها وفى مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب . أمانوها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور والحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة زاخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا بى زمنه لولده لا يحنى عليك ولا يحنى عليه وأما دية العمدة فمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالف له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعتراًفاً ولا صلحاً فى عمد ومهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاو زاعى فقال من ذهب بضرب العمدة وقتل نفسه فعلى عاقلة الدية وكذلك عندهم فى قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلاً فقأ عين نفسه خطأ فقتل له عمر بديتها على ما قلته واختلفوا فى دية شبه العمدة وفى الدية المغلظة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى وعمد الصبي فى ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ * فن غلب عليه شبه العمدة أوجب الدية فى ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشتراك فى القتل عمد وصبي والذين أوجبوا على العمد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله فى مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما وأما منى تجب فاتهم انفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين وأما دية العمدة فالا أن يصطلح على التأجيل وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز انفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الاب وهم العصابة دون أهل الدبوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا انفجرت عنه العصابة الا اذا ودقانه لم الموالى عصابة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على العنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وروى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قرابتهم فلا يقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل

ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تماقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتقد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وابما حلف كان في الجاهلية فلا يربده الاسلام الا قوة والجملة ففسكوافي ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلقوا في جنايتهم لا عصبية ولا موالى وهم السائبة اذا جئنا خطأ هل يكون عليه عقل ام لا وان كان فلي من يكون فقال من لم يحمل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يحمل العقل على الموالى وهو داود وابحابه وقال من جعل ولاه من اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاوه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الديه هي الانوثه والكفر والمبودية اما دية المرأة فاتهم انفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلقوا فبادون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سياتى القول فيه في ديات الجروح والاعضاء وأما دية أهل النعمة اذا قتلوا خطأ فنال للمعاماة في ذلك ثلاثة أقوال، أحدها ان ذبهم على النصف من دية المسلم ذكرناهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونساؤهم على النصف من نساؤهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين، والقول الثاني أن دينهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين، والقول الثالث أن دينهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله ونحوه ر رقية مومنة) ومن السنة مار واهم عمر عن الزهري قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الديه وألغى الذى جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر ابن عبد العزيز فاخبره أن الديه قد كانت تأمة لأهل الذمة. وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال

مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقية العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا يزبد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكاف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاه وجه أعنى في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاظهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعرض وعمدة الشافعي قياسه على الحر

﴿ وما يدخل في هذا الباب ﴾

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمد أخصاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولين يجب وفي شروط الوجوب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامه من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احدهما الاخرى فطرحت جنينها فنقض فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى ان الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه الا أن من رأى ان الدية الكاملة على أهل الدرام هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى انها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوا من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الامه وفي جنين الكتابة فذهب مالك والشافعي الى ان في جنين الامه عشر قيمة أمه ذكر أكان أو أنثى يوم يحني عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكر أفسر قيمته لو كان حياً به قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامه اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامه اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية

فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي تجب فيه فاتهم اتفقوا على أن من شرطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا يموت أمه من الضرب واختلقوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لاشئ فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهرى واختلقوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً أو ميتاً فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه احكام الحى وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لاشئ فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر فتح الروح فيه اعنى أن يكون نجس فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من تجب فاتهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة وماروى أيضاً عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ برؤوسها وولدها وأما مالك فشمها بذي العمد إذا كان الضرب عمداً وأما من تجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها مورثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها قائما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عند واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلاف فهم في تضمين الرأب والسائق والفائد فقال الجمهور ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالقتل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتقدوا الاثر ثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذ لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحد أو عليها راكب أو لها قائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو انصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لأشئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على أن يرمي برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت يدها أو برجلها به قال ابن شيرمة وابن أبي ليلى وسويابن الضمان برجلها أو يغير برجلها به قال أبو حنيفة الا انه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب وربما احتج من يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي وروده وأقول ويل العلماء فمن حفر بئراً فوقع فيه انسان متقارب قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيها لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقعها بحيث يجب له أن يوقعها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئ من برطها يوضع يجوز له أن يبرطها فيه كمالا يبرئه ركوها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الا آخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان التي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على ان الطيب اذا أخطأ نذته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذ لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متمدد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيها أخطأه الطيب عند الجمهور على العقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطيب ولا خلاف انه اذ لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأخرى وعند مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما

وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذارحم محرماً عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فعين قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذاروى عن الصحابة شئ مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغلظ في واقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفرق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم المحرم واختصاصه بضمان الصيد فيه

«كتاب الديات فيما دون النفس»

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فليبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولين تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاج أوقطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقهاء أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الجارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تنشفه ثم التلاخمة وهي التي أخذت في اللحم ثم الممحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملقط والمسد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي نهشم العظم ثم المنثلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما أحكامها أعني الواجب فيها فحق العلماء على أن العتق واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ وانفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها ربيع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي التلاخمة ثلاثة أبعرة وفي الممحاق أربعة وبعرة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقتت فيه السنة حدا وما لا يعتبر في الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تيرأ على شين والغريم من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين ولم تيرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة * فأما الموضحة فجميع

الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه للمرو بن حزم ومن حديث عمر و بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعني على وجوب القصاص في الممدود وجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجهة والخدين والحنك الاعلى ولا تكون في الحنك الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الاقبع . واما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من دينها في الوجه والرأس . وروى عن عمر أنه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك الضمير وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرا على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك فرة قال يقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزداد فيها على عقلها شي * وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما قص من قيمته ان لو كان عبداً . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف لمن الصحابة . وقال بعض العلماء الهاشمية هي المنقلة وشذو . وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ . فاما اذا كانت عمداً فجمع ور العلماء على أن ليس فيها قود . وكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقامتها ومن المأمومة . وأما الهاشمية في الممدود فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان احرى ان يجيز ذلك من الهاشمية . وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يهاذمها وان فيها ثلث الدية الا ما حكي عن ابن الزبير . وأما الجائمة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يهاذمها وان فيها ثلث الدية وانها جائمة متى وقعت في الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفسدت الى تجويفه فحكي مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء أي عضو كان ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذي اخاره مالك لان القياس عنده في هذا لا يسوغ وانما عنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائمة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها الا الحكومة .

﴿ القول في ديات الأعضاء ﴾

والاصل فيا فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في المقول ان في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جد مائة من الابل وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا يجمع عليه الا السن والابهام فاتهم اختلفوا فيها على ما سنده ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكرها قياسا على ما ذكره فقالوا ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهو رعى ان في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها بالمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الانسان الدية ما خلا الحاجبين ويدي الرجل واختلوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وابو حنيفة وانثوري والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جملوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سميحهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابي بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انها لا يبضران السمع ويسترهما الشعر او الامامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك في اشغار العين وليس عند مالك في ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ماري عن ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقة التوقيف فلم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فصل بين اعني ضرور في الخلقة . واما الاجفان فقبل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لانه لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الحنفين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي الاعلين الثلثان وأجمعوا على ان من اصاب من اطرافه

أكثر من دجسه ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأتمه فله ديتان . وأما الاثنيان فاجمعا
ايضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحد منهما نصف الدية لا ما روى عن
سميد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية
فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . وأما المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية
وذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم
يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمد أفنهم من لم يرفيه قصاصاً
وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي
ومالك على العاقلة وقل الليث وغيره في اللسان عمداً القصاص . وأما اللسان فاجمعا على
انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب النعم او لم
يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الاخر الدية الكاملة
وأجمعا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين
والخصي كما اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من
جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما يجب فيه الدية عندما لم يقطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة . وأما عين الاور
فلعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه
قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري
فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق
الاول ان العين الواحدة للاور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاور وعمدة الفريق الثاني
حديث عمرو بن حزم أعني عموم قوله وفي العين نصف الدية وقياساً ايضاً على اجماعهم
انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية . فاسب اخلافهم في هذا مراضة
المسوم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فبين ضرب عين رجل فاذهب
بعض بصره ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه انه أمر بالذي اصاب بصره بان عصب
عينه الصحيحة وأعطي رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخطت عند اول
ذلك خطاً في الارض ثم أمر بينه المصابة فمصبقت وقصحت الصحيحة وأعطي رجلاً البيضة
بعضها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخطا ايضا عند اول ما خفيت عنه في الارض
خطاً ثم علم ما بين الخططين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه

قد رذل من الدينة ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العلية والصحيحة بان يختبر ذلك منه مراراً حتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعي وابو حنيفة فيها حكمه وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدينة مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد بن ثابت لا توفيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدينة وقال مالك تتم دية السن باسودادها تتم في قلعها باسودادها دية واختلف العلماء في الاعور وفقاً عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب فله التود وان غفا لدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها به قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القوان قال مالك وبالدية كاملة قال المسيرة من احبها وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فنئت عينه الا القود او ما اصطلاحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدينة عليه اذا غفا عن التودانه يجب عليه دية ما ترك له وهي العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمرو عثمان وابن عمران عين الاعور اذا فنئت وجب فيها الف دينار لانها في حقها في معنى العينين كتهما لا العين الواحدة فاذا تركها لهما وجبت عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل اني ان في العين الواحدة نصف الدينة وعمدة ابى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب التود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة التنوي مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل اصبع عشر من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل اتملة ثلث اعشر الامله من الاصابع اتملتان كالا بهام ففي اتملته خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل اصبع مائة اتملة عشر من الابل وخرج عمرو بن شبيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع عشر اعشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدينة من الورق فهي عندهم يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعندهم يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف الدينة وفي الوسطي بعشر فرائض وفي التي تليها تسع وفي الخنصر بست وروى عن جاهد انه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشرو في الوسطي عشرو في التي

تليها ثمان وفي الخنصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامم . ارحكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابرمة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الاحكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجمل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الابل لاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك ما ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمر و بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضاً بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منها فمها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي ثبت الدية فيها خطأ فيها انما قد في قطع ماقطع وقطع ماقطع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قودام لا فذهب مالك وأصحابه الى ان اقود في كسر جميع العظام الا العنق والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر ان النبي عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع في غير المقصّل الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا على اربعة المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضاءها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عتلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت . يتيها الى النصف من دية الرجل اعني دية اعضائها من اعضائها مثال ذلك ان في كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي اربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن

سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الا شهر من قولي ابن مسعود وهو مروي عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ما ذكرناه اولاً وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فوجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين الغليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لم يد ما أتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الا لو اني الا مرسل وماروى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابي عبد الرحمن كفي أر بع من اصابعها قال عشرين قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها تقص عتقها قال أعراق أنت قلت بل علم متثبت أو جاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس وإما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو قد في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجنابة على أعضائهم الذكور ومنهم والانات وأما جراح العبد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فتنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما قص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجرح من ديبته فيكون في موخته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك بعتير في ذلك كله ما قص من ثمنه الا موخته ومقتلته وما موتمه فقيمها من ثمنه قدر ما فيها في الحرم من ديبته وعمدة اقرى الاول تشبيهه بالبروض وعمدة اقرى الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وقضاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فزاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فافوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فزاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان

الاصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليها الدليل ولا عمة للفرق المتقدم لأن ذلك معمول به ومشهور وهنا نقضى هذا الكتاب والمحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب القامة ﴾

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لقروعه هذا الباب .
 ﴿ المسئلة الاولى ﴾ هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ باليمين فيها المدعون أو المدعى عليهم وكل عدد الخالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعدلوننا يجب به أن يبدأ المدعون باليمين

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سلم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عليه لا يجوز الحكم بها عمة للجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حو بصة ومحبيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث إلا أنهم يختلفون في ألقاظه على ماسياً في بعد وعمة القريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع الجمع على سحتها فنأ أن الاصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطماً أو شاهداً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد ارايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أ كنت ترجمه قال لا قلت أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بمحصر ولم يروه

أ كنت قطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما يلزم إذا شهدوا أنه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكذب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم ان أقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة المحسنين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس له تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن محبتهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فلتطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبرهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أن يحلفون محسنين يمينا أعني لولاية الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال وإذا كانت هذه الاثر غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرح بالتأويل الى الاصول أولى . واما القائلون بها بمخاصمة مالك فرائى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان الملة في ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالتأمل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه الملة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعمير الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبيين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك واحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الادفع الدعوى على الاصل في ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المتقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله مارواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون ونستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تحلفون محسنين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان بوجودها تأثير في استحقاق الاموال أعني في الشرع

مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقبلها على المدعى عند من قول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واستدعه غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عدم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق بهادفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والاحاديث التي تذكرها فيما بعد ان شاء الله .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فمن يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي واحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخاري عن سمي بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلاً من الانصار يقال له سهل بن حنيفة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالينة على من قتله قالوا ما بالينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى يايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الادفع الدعوى فقط واحتجوا ايضاً بماخرجه أبو داود ايضاً عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود يدايهم أن يحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يمينا فوافقوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أن يحلف على الغيب يا رسول الله فحلفها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم وألزمهم الترم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضاً من تبدة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهني الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان

أجرى فرسه فوطى على أصبع الجهنى فزى فيها فمات فقال عمر الذى ادعى عليهم أنحقنوا بالله خمسين مينا مامات منها فأبوا أن يحلقوا وخرجوا فقال للمدعين احلقوا فأبوا فتضى عليهم بشرط الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبذرة المدعين بالإيمان لأن الأصل شاهد واحد ينشأ من أن الممين على المدعى عليه قال أبو عمر والاحاديث المتعارضة فى ذلك مشهور

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وهى موجب القسامة عند القاتلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلقوا فى الشبهة ما هى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار يهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل محتضب بالدم وكذلك لو دخل على نمر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكماء ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك ينحومون هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث بائناق عند أصحابه واختلقوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال الخيلة مثل أن يوجد قتيل متسحطا بدمه وقر به انسان بيد حديدة مدماة الا أن مالك يكرى ان وجود القتيل فى المحلة ليس لثبوت ان كانت هناك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق هاهنا شئ يجب أن يكون أصلا لا اشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يسل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباها اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر شرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أنها رجدة ادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين مينا فإن هم حلقوا على العمدة القود وان حلقوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه رد مالك والبيث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلوا قول المقتول فلان قتلنى لوأبوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة بوجوب القسامة ولمكان الشبهة

رأى تجددة المدعين بالايان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنتقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تطبيق الشرع عند ايمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه تشبه ذلك باليمين مع الشاهد في الاموال . وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام: لو بطل الناس بدعا وبهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتج به المالكية من قصة برة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك أسند الى ائمة الخلفاء لا الى العادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد بعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد انسان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي المضروب اباما بعد الضرب ثم مات أقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض ائمتنا وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر وبعض غاها تشبيها بالهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القتال ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا وخمسين عينا عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاية الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكح كل أعني حظه منها وقال الزهري ان نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجددهم يفعلون الامرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً)

﴿كتاب احكام في الزنا﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي اصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما ثبت به هذه القاحشة .

(الباب الاول)

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيها هو شبهة تدرأ الحد ودعما ليس بشبهة دارته وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمن الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك بدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعز و قال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرعوا الحد ودعوا بالشبهات والذين درعوا الحد ودعوا اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ممالك الحلية وحكم ممالك الحرمية * ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المنعم فقال قوم عليه الحد ودرا قوم عنه الحد وهو شبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم * ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرا عنه الحد وقال غيره يعز و قال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يتبع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: لرجل خاطبه انت ومالك لا ييك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولا جماعهم على انه لا يقطع فياسرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكان استهلكها ومن المحبة لهم ايضا جماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنته لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيرمها زوجها ان كانت طاو عته وان كان استكرهها قومت

عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التمزير فعمدة من اوجب عليه الحدانة وطى دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من در الحد يث ما ثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطى جارية امرأته انه ان كان استكرها ففي حرة وعليه مثلها للسيدتها وان كانت طاوخته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضاً فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة ثلاث فذكر مالها وقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فافوقه وهو مذهب مالك * ومنهما يراه أبو حنيفة من در الحد عن وطى المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكان رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المنفعة * ومنها در الحد عن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملة فالانكحة القاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرك الحد الا ما انقضى منها على شخص هو بد الصحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك محالاً يعذر فيه بالجهل

❦ الباب الثاني ❦

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة اصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث * والحدود الاسلامية لثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم لخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى «الزانية والزاني» الآية واختلفوا في موضعين، احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا، والموضع الثاني في شروط الاحصان.

❦ أما المسئلة الاولى ❦ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا يجلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداد الزاني المحصن يجلد ثم رجم عمدة الجمهور وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ما عزا أورجم امرأته من جهينة و رجم يهوديين وامراً آمن عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد واحد منهم ومن جهة المعنى ان الحد الا صغر ينطوى في الحد الا كبر وذلك ان

الحدانما وضع للزجر فلان تأخير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه خرجه مسلم وغيره ان علياً رضي الله عنه جلد شرابة الحمدانية يوم الخميس ورجعها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجعتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة. واما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطاء والوطء المحظور هو عند الوطاء في الحيض أو في الصيام فإذا زنا بعد الوطاء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فجلده عنده عند الرجم ووافق أبو حنيفة مالك في هذه الشروط والافى الوطاء المحظور واشترط في الحرية ان تكون من الطرفين أعني ان يكون الزاني والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودية الذين زنا اذا رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول «وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط» وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطاء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب. واما الابكار فمن المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» واختلوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلاً وقال الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر اذ كان اراًني حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا يغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم وهو أقره منه نعم اقض بيننا بكتاب الله واثبت لي ان أنكم فقال له النبي قل قال ان ابني كان عسيقاً على هذا فزنا بامرأته واني اخبرت أن علي ابني الرجم فاقدمت به ثاة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وان علي امرأه هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والذي نفسي

بيده لا قضين بينكما بكتاب الله ما الوليدة والتمم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام
واغدياً نيس على امرأته إذا ان اعترفت فارجمها فقد اعلمنا انيس فاعترفت فامر النبي عليه
الصلاة والسلام بهارجمت ومن خصص المرتأمن هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه
رأى ان المرأة تعرض بالقرية لا كثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعني المصلحة الذي
كثيراً ما يقول به مالك . واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على
النص نسخ وإنه ليس بنسخ الكتاب باخبار الاحدور وواعن عمر وغيره انه حد ولم يغرب
وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر انهم غروا ما حكم العبيد في هذه القاحشة فان العبيد
صفنا ذكور واثامالات فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها
خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتينها حشة فليمن نصف ما على المحصنات
من العذاب » واختلفوا اذ المتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت
طائفة لا حد عليها وانما عليها تزريق فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على
الامة أصلاً والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى (فاذا
احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال دليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن
فهم من الاحصان الاسلام جعله عام في المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة
حداً بحديث أنى هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت
ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يبعوها ولو بظفير . واما انكر من
العبيد فقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل
حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهم مائة جلدة) ولم
يخص حر أم عبد ومن الناس من دراه الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ ورؤى عن ابن
عباس فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف الحدود دين والشرائط للموجبة للحد في
واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور
المسائل انواقعة في هذا الجنس اختلافهم في اخفر للمرجوم فقالت طائفة بخفره وروى
ذلك عن علي في شر احبة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة
أخرجها خفرها خفية فأدخلت فيه وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني
أخاف أن يصيب بعضهم بمضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم
سرور رجم علانية فما كان منه بقرأه فأول من رجم الامام ثم الناس وما كان بيته فأول من

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً

يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعندتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجنا بالمصل فلما أذلقته الحجارة فرقادر كناه بالحرة فرضعناه وقد روى مسلم انه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالحجلة فلا حديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الحديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ماعدا القذف على ماسيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدة ويقام عقابا خلافاً لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لتولية تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها. وأما الوقت فان الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المر يض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحق واحتج بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة نظواهر المفهوم من الحد وهو ان يقام حيث الايلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فنظر الى الامر بإقامة الحد ودعواً لمن غير استثناء قال بحد المر يض ومن نظر الى ان مفهوم من الحد لا يحد المر يض حتى يبرأ وكذلك الامر في شدة الحر والبرد

• (الباب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة) •

وأجمع العلماء على ان الزنا ثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراء وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فما الاقرارانتم اختلفوا فيه في موضعين، أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أم عدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالك والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة. وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا باقرار برأه بعد مرة بعد مرة. وبه قال أحمد وإسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام: اغد يا أنيس على امرأه هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدداً وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي

عليه السلام انه رد ما عزا حتى أقر أربع مرات ثم امر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات انه أقر مرة ومرة وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء بقبول رجوعه الابن ابني ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه واما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان ، احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة ، والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من نفي رده صلى الله عليه وسلم ما عزا وغيره مرة بعد مرة لعلمه يرجع ولذلك ما يجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع ان يكون التماضي على الاقرار شرطاً من شرط الحد وقدرى من طريق ان ما عزا المارجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فتناولوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تر كفوهم له ليتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة بشروط الثانی وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه ثبتت الزنا بالشهود وان العدد المشتراط في الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى « ثم ليأتوا باربعة شهداء » وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمأينة فوجه في فرجها وانها تكون بالصرح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا في زمان ولا في مكان الا ما حكي عن ابن حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الا آخر وسبب الخلاف هل تلقى الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلقى كاشهادة المختلفة بالزمان وأنهم أجمعوا على أنها لا تلقى والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثيق في ثبوت هذا الحد اكثر منه في سائر الحدود واما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر بن عبد الله قال مالك الا ان تكون جاءت بما رة على استكراهها مثل ان تكون بكر أفتأني وهي تدمي او تفصح نفسها بامر الاستكراه وكذلك عنده الامراء اذا ادعت الزوجة الا أن تقيم البينة على ذلك ما عدى الطائفة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجة وكانت طائفة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقيم عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجة وان لم تأت في دعوى الاستكراه بما رة ولا في دعوى الزوجة ببنيتها لانها بمنزلة من أقرتم ادعى الاستكراه ومن الحججة لهم ما جاء في حديث شريحة ان عليا رضي الله عنه قال لها

استكرهت قالت لا قال فاهل رجلا انك في نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر انه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقتها ففسى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام ان المستكره لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الخلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الا زواج لم يوجبه وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

• (كتاب القذف) •

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وما اذا ثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فاما القاذف فاتهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثى حراً او عبداً مسلماً او غير مسلم واما المقذوف فاتفقوا على ان من شرطه ان يجمع فيه خمسة اوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انحرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجلمة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة ان تطيق الوطء واما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، احدهما ان يرى القاذف المقذوف بالزنا والثاني ان ينفيه عن نسيه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة أو كنانية وهو قياس قول الشافعي وابي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض الا ان اباحنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاو وعمر فيها الصحابة فاختلقوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكتابة قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه اعني مقولاً بالاستمارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في

الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندرى به الحد عن القاذف ان ثبت زنا المقتذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب في اختلافهم هل يشترط في قتل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنان على الاصل المحتير فيما سوى القذف اذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فانظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فاتهم اثموا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى «ثمانين جلدة» واختلفوا في العبد قذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أن يكون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر ففسكوا في ذلك بالعموم ولم أجمعوا أيضاً أن حد الكتاني ثمانون فكان العبد احرى بذلك. وأما التوقيت فاتهم اثموا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مرة واحدة كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحدوا واحداً منها وانه ان قذفه فحدهم قذفة ثانية حد حداثاً وأما اذا قذف جماعة فقال طائفة ليس عليه الا حد واحد جميعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جميعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يازناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يازان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سماعة فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلا عن بينهما ولم يحد لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فمن قذف زوجته برجل وعمدته رأى أن الحد لكل واحد منهم انه حق للآتين وانه لو عفا بعضهم لم يعب الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجلس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقتذوف وتعدد القذف كان أوجب ان يتعدد الحد وأما مسقطه فاتهم اختلفوا في سقوطه بفقوا القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي

لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يحجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يحجز الا ان يريد بذلك المقدوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فن قال حق لله لم يحجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أولاً يصل وقياساً على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقدوف اذا صدقه فيما قدفه به سقط عنه الحد . وامام من قيم الحد فلا خلاف ان الامام قيمة في القذف وانفقوا على انه يجب على التاذب مع الحد سقطوا شهادته ما لم يتبوا واختلفوا اذا تاب فقال مالك يجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً * والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى اقرب مذكور وذلك في قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً أولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » فن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع القسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يقتضون الامرين جميعاً قال التوبة ترفع القسق ورد الشهادة وكون ارتفاع القسق مع رد الشهادة امر غير مناسب في الشرع اى خارج عن الاصول لان القسق متى ارتفع قبلت الشهادة وانفقوا على ان التوبة ترفع الحد (واما بماذا ثبتت) فانهم اتفقوا على انه ثبت بشاهدين عدلين حريين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل ثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول وبين المدعى فهذه هي اصول هذا الباب التي تبنى عليه فروع ، قال القاضي وان انساناً الله في العمر فسنضع كتاباً في القروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعاً اذا كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارى مجتهداً في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه .

« (باب في شرب الخمر) »

والكلام في هذه الجنابة في الموجب والواجب بما اذا ثبت هذه الجنابة فما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكرامه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكماً حاكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلاً كان أو كثيراً أسكر أو لم يسكر

وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باخفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحدوا كثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الخمر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والبسواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور رشاد وعمر والصحاب لما كثرت زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياساً على حد القرية فإنه كما قيل عنه رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحذف ذلك حداً وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالمال ضرباً غير محدود وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقد روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنطين أربعين فعمل عمر مكان كل نعل سوطاً وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي . وأما من قيم هذا الحد فاختلفوا على أن الامام يقيم به وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بسلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على السيد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحسن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يبيعوها ولو يضيفه وقوله عليه السلام : اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاقدم هذه الاحاديث ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث علي أنه قال : أقيموا الحدود على ما ملكت أي انكم ولا نه أيضاً مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل

في إقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا
الجمعة والزاكاة والحق إلى السلطان .

• (فصل) •

وأما بما دلت عليه هذا الحد فأنفق العلماء على أنه ثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في
نبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند
الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من
أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على
الرائحة تشبهاً بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباهاً بالرائحة والحد
يدرأ بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

• (كتاب السرقة) •

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد وفي صفات
السارق الذي يجب عليه الحد وفي العتوبة وفيما ثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي أخذ مال
الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في
الاختلاس قطع إلا بإسناد من معاوية فإنه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه
السلام وأوجب أيضاً قوم القطع على من استمار حلياً أو متاعاً ثم جده لمكان حديث المرأة
الخزومية المشهور أنها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع
ججوذهما وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية
تستعير المتاع وتجدده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى أسامة أهلها فحكموه فحكم
أسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا أسامة لا أراك تتكلم في حد من حدود الله
ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشرف تركوه
وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي غمى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتموها ورد
الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول وذلك أن المعارف مأموون وأنه لم يأخذ بشيء إلا بغير إذن فضلاً

ان ياخذ من حرز قالوا في الحديث حذف وهو ان سرقته مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام: انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان الخنز ومية سرقته قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامر بن جميعاً الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر للمقابل قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل لحكمه حكم المحارب على ماسياً في حد المحارب ، وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الاماروى في المصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الا بقى اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فن رأى أن الا جماع بنه قد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم يرد ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم يقطع على العمق الا بقى الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شرطه أعني الحد والى تشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف ، وأما السرقة فان له شرائط مختلفة فافها فن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروى عن الحسن البصرى انه قل القطع في قليل السرقة وكثيره اعموم قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» الآية وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرج به البخارى ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال: لمن الله السارق يسرق البيضة فتمتطع بدو يسرق الحبل فتمتطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور واختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم ، والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثه دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة عمداً الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تنوم بالدرهم لا بالربع دينار أعني اذا اخلفت اثلاثه دراهم مع الربع دينار لا اختلاف الصرف مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تنويم الاشياء هو الربع دينار ، وهو الاصل أيضاً الدرهم فلا قطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدينارين والدرهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر في تنويم المروض الى الغالب في تنويم أهل ذلك البلد

فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدينار قومت بالدينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم بقول الشافعي في التقويم قال ابو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال احمد أعني بالتقويم بالدراهم ، وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عديم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد قيل في أربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أو قهه مالك وأسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أبوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد اختلاف في ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتمدته الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في أربعة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يمتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهماً والقطع في ثلاثة دراهم احتفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن سير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفصل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشرط المشترك في القطع واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرق الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز مما مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً يساوي النصاب فتال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً فنقطع الجميع رأى القوية انما تتعلق

بقدر مال السرور أى ان هذا التقدر من المال السرور هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا التقدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا يقطع أبد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختصوا متى قدر السرور فقال مالك يوم السرة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيها وحرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال في حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كي يصر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفي الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالخراج من الحرز على ما سنده بدموعه ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجر بن فاقطع فيما بلغ عن الجن ومرسل مالك أيضاً عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المسكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عند البر أحاديث عمرو بن شعيب العسل بها واجب اذار واهال الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتقاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الاوعية ومثل اتقاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشتهر الحرز يقطع يده اذا خرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبور هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ السرور فيه فربط الدواب عنده احرز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس

قالا انسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده وإذا توسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذ من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحل أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب أنه إن سرق منها ليل قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيها هو حرز وما ليس بحرز وأحق القائلون بالحرز على أن كل من سعى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقاً أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فحرم أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيس القطع على الخارج المتناول له وقيل لا يقطع على واحد منهما وقيل يقطع على المقرّب للمتاع من الثقب والخلاف في هذا كله أتى إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولاً لانطلاقه فهذا هو القول في حرز واشترطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بمدره وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فإن العلماء اتفقوا على أن كل مملوك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ الموضع منه فإنه يجب في سرقته القطع ماعداً الأشياء الرطبة المأكولة والأشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أن القطع في كل موقوف يجوز بيعه وأخذ الموضع فيه وقال أبو حنيفة لا يقطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحب والخشب فعمدة الجمهور عموماً الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام: لا يقطع في تمر ولا كثر وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع أن لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلافوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثه واضح في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه أو أن

لكل أحد فيه حقاً إذ ليس بمال واختلّفوا من هذا الباب فمن سرق صغيراً لم لو كأعجماً من لا يفتقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . وأما إن كان كبيراً يفتقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلّفوا في الحر الصغير فعند مالك إن سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك وانفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرك هذا الحد واختلّفوا فيها هو شبهة يدرك ذلك مما لا يدرك فيها العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً وقال أهل الظاهر يقطع إلا إن يأنمته سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدركه أنه الخدم أن يكون على الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا مرة لم يشترطه وبدء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا تخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك إذا كان كل واحد ينفر دبيت فيه متاعه فاقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا يقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقدرى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القربات فذهب مالك فيها أن لا يقطع إلا بفساد من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : أنت ومالك لايك ويقطع ما سواهم من القربات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب إلا على والأسفل يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم الحرمه وقال أبو ثور يقطع يد كل من سرق إلا ما خصه الإجماع ومنها اختلافهم فمن سرق من المقيم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الأشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة .

﴿ القول في الواجب ﴾

وأما الواجب في هذه الجنابة إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا عن الموجود في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جنابة والفرم إذا لم يجب القطع واختلّفوا هل يجمع الفرع مع القطع فقال قوم عليه الفرع مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه فرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وأبو ثور وابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال إن كان موسراً اتبع السارق بقية المسروق وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أرى واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيأحكي عنه ابن القاسم فسمدة من جمع بين

الامرين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمي فاقتضى كل حق موجباً وايضاً فانهم لما اجمعوا على أخذه منه اذا وجد بيته لم يوجب عليه ان يكون في ضمانه قياساً على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يفرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الفرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاً ما قطع فيه ثم سرقة ثانياً لانه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسن على غير قياس . وأما : يقطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمنى بائناً من الكوع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط قام اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق قطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين قطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد ان قطع على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الفرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمرو بن بكر اعني قول مالك وابي حنيفة فعمدة من لم يرا القطع اليد قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولم يذكر الا رجل الا في الحار بين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : من فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلاً وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعندما مالك أنه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد سلاء فتيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا بد خيلان وقيل انها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم وانفقوا على أن لصاحب السرقة ان يمسفوع عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شبيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فإلغني من حد قد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت قاطمة بنت محمد لقت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتي بي واختلوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لأنه قد رفع إلى الإمام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له إن من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل قبل أن تأتي بي .

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واقتوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت بإقرار الحرة واختلوا في إقرار العبد فقال جمهور فقهاء المصار إقراره على نفسه موجب لحدّه وليس يوجب عليه غرامة وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا مولوداً وبه قال شريح والشافعي وقطادة وجماعة وإن رجوع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه وإن رجع إلى غير شبهة فمن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحراية ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية

وذلك ان هذه الآيه عند الجمهورى فى الحار بين وقال بعض الناس انها نزلت فى نفر الذين ارتدوا فى زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فامر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها فى الحار بين بقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى الحار بين والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب . أحدها النظر فى الحراية والثانى النظر فى المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة ، والخامس بماذا ثبتت هذه الجناية .

﴿ الباب الأول ﴾

فاما الحراية فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلوا فى من حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة إنما تأتي بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اخلاص وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة فى المصر .

﴿ الباب الثانى ﴾

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محموقا قبل الحراية وهو المسلم والذى .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق الله وحق للادميةين وانفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الابدى وقطاع الارجل من خلاف والنقي على ما نص الله تعالى فى آية الحراية واختلوا فى هذه العقوبات هل هى على التخير او مرتبة على قدر جناية المحارب فقل مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام تخير فى قطعه ولا فى هيبه وانما التخير فى قتله أو صلبه . وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخير فى هيبه وانما التخير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما اذا أخاف السبل فقط فلا امام عنده تخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو هيبه ومعنى التخير عنده ان الامر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى

والتيدير فوجه الاجتهاد قتله او صلبه لان القطع لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له او اعماه وذو
قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بايسر ذلك فيه وهو
الضرب والنقي وذهب الشافعي وابو حنيفة وجماعته من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على
الجنايات المسلمون من الشرع ترتبها عليه فلا يقتل من الحار بين الامن قتل ولا يقطع الامن
أخذ المال ولا ينفى الامن لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق
وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه * وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية
للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من الحار بين على التفصيل
والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا
وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معا وهو لا منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو
قول أشهب وقيل انه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن
رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال
بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون
إذا قتل في الخشبة أُنزل منها وصلى عليه وحل يدا إلى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه
وذهب ابو حنيفة واصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله وتقطع أيديهم
وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تنقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى
ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى
وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا في قوله أو ينفوا من الارض
فقيل ان النفي هو السجن وقيل ان النفي هو أن ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر
توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه صلاة والقولان عن
مالك وبالأول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لا إقامة الحد
عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فقير مقصود ولكن ان هربوا
شردناهم في البلاد بالانباغ وقيل هي عتوبة مقصودة فقبل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلها
عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من ارض الاسلام إلى ارض الحرب فلهذا يظهر ان
النفي هو تفرقهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولولا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسهم أو اخرجوا من
دياركم » الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب
والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا فلا بالمادة ولا بالعرف .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما بسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى (إلا الذين يابون من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثاني أن قبلت فإضافة المحارب الذي تقبل توبته فإن لاهل السلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (إلا الذين يابون من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التي تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين . أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام والثاني أن يلقى سلاحه ويأتي الإمام طائعا وهو مذهب ابن التميمي ، والقول الثاني أن توبته إنما تكون بان يترك ما هو عليه ويحلف في موضعه ويظهر الجير أنه وإن أتى الإمام قبل أن يظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماسحون ، والقول الثالث أن توبته إنما تكون بالحجى إلى الإمام وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكاهما من الأحكام أن أخذ قبل أن يأتي الإمام ومحصيل ذلك هو أن توبته قبل أنها تكون بان يأتي الإمام قبل أن يقدر عليه وقبل أنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقبل تكون بالمرين جميعا . وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها أن يلحق بدار الحرب ، والثاني أن تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل فقبل له الأمان وبسقط عنه حد الحاربة وقبل له الأمان له لأنه إنما يؤمن المشرك . وأما ما نسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحاربة فقط وبؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك ، والقول الثاني أن التوبة تسقط عنه حد الحاربة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يغفو أولياء القتول ، والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله وبؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا يتبع ذمهم ، والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم الأما كان من الأموال قائم العين بيده .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما بما إذا ثبت هذا الحد فلا قرار بالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلولين على الذين

سليوم وقال الشافعي يجوز شهادة أهل الرقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقاتهم إلا أخذوا وثبتت عندهم تلك الحراية بشهادة السماع .

﴿ فصل في حكم المحاربين على التأويل ﴾

وأما حكم المحاربين على التأويل فإن محاربهم الامام فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة فإن ما لك قال أن للامام أن يقتله أن رأى ذلك لما يخاف من عونه لا لمحابه على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو إلى بدعته قيل يستتاب فإن تاب ولا يقتل ويستتاب فإن لم يتب يؤذب ولا يقتل وأكثر أهل البدع أنما يكفرون بالمال واختلف قول مالك في التكفير بالمال ومعنى التكفير بالمال أنهم لا يصرحون بقول هو كافر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحراية ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الآن بوجوده فيرد إلى ربه وإنما اختلصوا أهل يقتل قصاصين قتل قتيلا يقتل وهو قول عطاء واصبيغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتهأصله قاتل الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا التأويل

﴿ باب في حكم المرتد ﴾

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يجارب فاقهتوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تحتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعقدوا العموم الوارد في ذلك وشذذ قوم فقالوا تحتل وإن راجعت الاسلام وأما الاستجابة فإن ما لك شرط في قطعه ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تمبل نوبته وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحراية ولا يستتاب كانت حربته بدار الاسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب إلا أن يسلم وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذوا وقبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حربته في دار الحرب فهو عند مالك كالخبري يسلم لا تباعة عليه في شيء مما قبل في حال ارتداده وأما إن كانت حربته في دار الاسلام فإنه يسقط اسلامه عنه حكم الحراية خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردة في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف
في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والا صل ان لا يقتل
الامع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه * والثاني
في معرفة ما يقضى به * والثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله
والخامس في كيفية القضاء * والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب فحين يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة في الجواز
فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً عدلاً وقد قيل في المذهب ان التسقي بوجوب العزل
ويعمى ما حكم به واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل
الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم الامامي قال القاضي
وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد
فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في
صححة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن
تكون المرأة حاكماً على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلاف في
اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضاً على العبد
لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيهاً بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى
حكمها نافذاً في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه
جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا
خلاف في مذهب مالك أن المهر والبصر والكلام مشترطة في استقرار ولايته وليست

شرطاً في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنه ما هي شرط في الاسفرار وليست شرطاً في الجواز فهذا اذا ولي القضاء عزل وهذا ما حكم به الآن يكون جوراً ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحداً والشافعي يحجز أن يكون في المصر قاضيان أنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يحز وان شرط الاستتلال لكل واحد منهما فوجهاً الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقرعا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز ان يكون قاضياً والا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعاً لانه يحقل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في عود حكم من رضىه المتدعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

واما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقه الله او حقاً للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه بعدد الانسكة و يقدم الاوصياء وهل يقدم الاثمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الجبابة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التصجير على السفهاء عندهم من يرى التصجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالاً وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتره لا يحمل حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام انما اتا بشروا نكم تخصمون الى قتل بعضهم أن يكون ألحق بحجته من بعض وقضى له على نحو ما مع منة فن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فاعلم ان قطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عهده النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم انه حق وليس يحق اذ لا يحمل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون انباطن كذلك هل محل ذلك أم لا فقال الجمهور

الاموال والقروج في ذلك سواء لا يحمل حكم الحياكم منها جراحاً ولا يحرم حلالاً وذلك مثل أن يشهد شاهدان ور في امرأة أجنبية لها زوجة لرجل اجنبي ليست له زوجة فقال الجمهور لا تحمي له ولن أحلها الحياكم فظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحمل له فصدده الجمهور عيهم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن احديه المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها وبطلان قوله فان كان هو الكاذب فلم يحرم عليه الا بحكم الحياكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة ما هنا انما وقعت عنوة للمسلم بان احدهما كاذب

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون باربعة بالشهادة وبالبين والتكول وبالاقرار او بما تركب من هذه ففي هذا الباب اربعة فصول

(الفصل الاول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فاما عدد الصفات المتعبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة المدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها يختلف فيها فاما المدالة فان المسلمين اختلفوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) وقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا فيها في المدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزماً بالواجبات الشرع ومستحجاً بمنحياً للمجرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفي في المدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحه * وسبب الخلاف كما قلنا تردد في مفهوم اسم المدالة المقابلة للفاسق وذلك انهم اختلفوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الا تقولوا لا تقبلوا ان الفاسق قبل شهادته اذا عرفت نوبته الامن كان فاسقاً قبل النذف فان ابا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان نائب الجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يرد الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا هم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى اقرب بيعة كوراليه او على الجملة الا ما خصه به الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اختلفوا على انه يشترط

حيث تشترط المدالة واختفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء المصار لما قلنا من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة المدالة ومن شرط المدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عندما لا يكون له رأي قربة حل ولذلك اشترط فيها أن لا يتصرفوا للتلايمحبتوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ولم يخلفوا أنه يشترط فيها المدلة المشترطة في الشهادة واختفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمة لمالك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فإذا صحح صحيح بهذا قيل له إن ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة وأما الإسلام فانهقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا تجوز شهادة الكافر إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة تجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا تجوز ذلك ورأوا أن الآية منسوخة وأما الحرية فإن جمهور فقهاء المصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لأن الأصل أنما هو اشتراط المدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد إلا أن ثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة ولما اتهمه التي سببها المحبة فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو أوالبغضة التي سببها المدادة الدنيوية فقال ردها فقهاء المصار إلا أنهم اختلفوا في مواضع أعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعلموا بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لآبيه وكذلك الأم لابنها وابنها لهما وما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادة الزوجين. أحد هما للآخر فإن مالكا ردها وأبو حنيفة وأجازها الشافعي وأبو نوري والحسن وقال ابن أبي ليلى قبل شهادة الزوج لزوجته ولا قبل شهادتها وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه ما أعلى ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه يتأله به وصلى معاً عدا الأوزاعي فنهى عن ذلك لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العبد وعلى عدوه وقال مالك والشافعي لا قبل وقال أبو حنيفة قبل فعمة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه

عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج به أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى ما يقع في المصر فذهى عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو نوره وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عن سواه إذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يأتمها الذين آمنوا) كونوا قوامين بالقسط شهادة لله ولوعلى أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى إجزاء الأمور به إلا ما خصه الاجماع من شهادة المرأة لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة اعتمد عليها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا تجتمع العدة مع اتهمته وأما النظر في العدد والجنس فن المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكرور وانفقوا على انه ثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم بحجب بالشاهدين من غير عيب المدعى الابن أبى ليلي فانه قال لا بد من عيته وانفقوا على انه ثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلقوا في قبولهما في الحدود فدل على عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود ولا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفي اعدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلاف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا الا في الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد

المشترط في ذلك منهن فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد أمراً آتياً واشترط الاثنتين وقال قوم لا يكفي في ذلك باقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضاً اختلفوا فيها انوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الا نكاره لذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

* (الفصل الثاني) *

واما الايمان فانهم اختلفوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى يئنة واختلفوا هل ثبت بها حق للمدعى فقال مالك ثبت بها حق المدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وباطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه * وسبب اختلافهم تردد في مفهوم قوله عليه السلام اليئنة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم اتناخص المدعى باليئنة والمدعى عليه باليمين لأن المدعى في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال اتناخص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحصح هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذا الصفة ولا ولك أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو وأما بل فقهاء الامصار في صفته متعارفة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزبد عليها ويريد الشافعي الذي يعلم من المرما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا

في القدر فقال مالك بن ادعى عليه بثلاثه دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد
الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان في
غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر
وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند
المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده
في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة
لا تفلط اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التعليل الوارد في الحلف على منبر النبي
صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه
لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتعليل في ذلك معنى ومن قال للتعليل معنى غير الحكم بوجوب
اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التعليل هو حديث
جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري
أعتبوا مقدمه من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي
لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التعليل لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع
المفطلم يكن له فائدة لا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكان التعليل الوارد في اليمين مجردا
مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم يمينه حرم الله عليه الجنة
وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التعليل الوارد في المسكن وذل
الفرق الآخر لا يفهم من التعليل باليمين وجوب الحكم باليمين واذ لم يفهم من تعليل
اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تعليل اليمين بالمسكن وجوب اليمين بالمسكن وليس فيه
اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتعليل بالمسكن عند مالك
في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء
في التعليل فحين حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فاتهمم باختلافه فقال مالك
والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضي باليمين مع الشاهد في
الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضي باليمين مع الشاهد
في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تناقض السماع اما
القائلون به فاتهمم بملفوظ ذلك بأثر كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة
وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج البخاري وأما

مالك فانما اعقد مسأله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لأن العمل عند المراحل واجب وأما السماع المخالف لما نقوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر فإن زيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تفسر حكم المز يدوأمان السنة فأخرجه البخارى ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شئ فاختصمتا الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت اذا يخلف ولا يباي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فتقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لاني الله وهو عليه غضبان قالوا فهاذمه عليه الصلاة والسلام حصر الحكم ونقض لمحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الاستوفى أقسام المحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويتها هنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت في القسامة وهو لا يختلوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لأن المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لأنه إنما اقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما نبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شئ بنفس النكول إلا أن يخلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردها في غير التهمة ولا أردها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمد من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدا بالنصار ومن حجة مالك أن الحقوق عندما عاثبت بشيئين اما يمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاتيين في الشهادة وليس يقضى

عند الشافعي شاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لا تبات الدعوى
واليمين لا بطلانها وجب أن نكل عن اليمين أن نحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه
إلى المدعى فهو خلاف للنص لأن اليمين قد نص على أنها دالة المدعى عليه فهذا أصول المصحح
التي يقضى بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض
آخر إليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتراح الشهادة به أعني إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده
الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله
إلى القاضي الثاني فشهد عند القاضي الثاني أنه كتابه وأنه أشهدهم بشوته وقد قيل أنه يكفي
فيه بخط القاضي وإنه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة أن أشهدهم
على الكتاب ولم يقرأ عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح
الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لا بد في ذلك من
شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة
وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول القسير أجرى على الأصول ومما اختلفوا
فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك أن العلماء اجمعوا على أن القاضي يقضى بعلمه في
التعديل والتجريح وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه في إقرار الخصم
وانكاره إلا ما لكافة أنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم وانكاره وكذلك
اجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك
خلاف واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع وقال قوم
إذا كان شاذاً أو قال قوم يرد إذا كان حكماً بقياس وهناك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس
وهو الاعدل إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب بمحمل والسنة غير متواترة وهذا
هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من القهاء في موضع من المواضع على
الأمثال ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق وإلى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على
حد دون بينة أو إقرار أو لا يقضى إلا بالدليل والإقرار فقال مالك وأكثر ما يجزى لا يقضى إلا
بالبينات أو الإقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعي والكوافي وأبو رور وجماعة للقاضي
أن يقضى بعلمه وأكلاهما يفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتقد في
قوله السماع والنظر ما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث ميمر عن الزهري عن
عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إليهم على صدقة فلاحا درجل في فريضة

فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس وغيرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وامان جهة المعنى فلهذه اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا ان للتهمة تأثير في الشرع منها انه لا يثبت القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومن اردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء واما عمدة من اجاز ذلك اما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها ابى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكك اباسفيان خذى ما يكفيك وولدك بالمروءة دون أن يسمع قول خصمها واما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص ابو حنيفة واما بما يحكم به الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود وبقضى في غير ذلك وخصص ايضا ابو حنيفة العلم الذي يقضى به قتال يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر انه قضى بعلمه على ابى سفيان رجل من بني مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضى بعلمه في المجلس اعني بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول الشافعية هو اجرى على الاصول لان الاصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فعين يجوز اقراره بمن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره بمن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال واما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فمن قبل احتمال اللفظ وانت ان احببت ان تنق عليه فن كتاب القروع .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولم يقضى فإن القضاء على أنه يقضى لمن ليس بهم عليه واختلفوا في قضائه لمن يتم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا يجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون بسبب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب في القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فإن مالك والشافعي قالوا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلاً وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرابع المسحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن غائباً عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فأنقض لأقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذي فإن في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم إذا توافوا إليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني أنه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكوا إليه فعمدة من اشترط بحيثهم للحاكم قوله تعالى فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجه اعتمد قوله تعالى وأن احكم بينهم ورأى أن هذا نسخ لآية التعخير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يتوافوا فإنه احتج بآجمعهم على أن الذي إذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضي فانهم اجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوى بين الخصمين في المجلس والابستم من أحد همدون الآخر وإن تبدل المدعى فيسأله البيعة إن أنكر المدعى عليه وإن لم يكن له بيعة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا يجب إلا مع شاهد وإذا كان في المال فهل يحلف المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى له موم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك

لا تحب العين الا بالخالطة وقال بها السبع من قها المدينة وعمد من قال به النظر الى المصلحة
لكيلا يتطرق الناس بالداوى الى تعنت بعضهم بعضا ومن هنا لم يمالك اختلاف المرأة
زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك اختلاف العبد سيده في
دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة قاضي المدعى عليه البراءة
من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه ينفه باعاقى وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع
في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فانهم
اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا في انتكاح ومالا يتكرر وقال غيره
لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال
له ومالك فعمد من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى
عليه فوجب أن لا ينقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تعيد بينة المدعى
عليه بمعنى زائد على كون الشيء المدعى فيه موجودا بیده أم ليست تعيد ذلك فن قال لا تعيد
معنى زائد اقل لا معنى لها ومن قال تعيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع
التعارض بين البيتين ولم تثبت احدهما أمر أزائد اما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك
فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى
أولى على أصله ولا ترجع عنه بالعدالة كما لا ترجع عند مالك بالعدد وقال الاوزاعي ترجع
بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلابينة يحلف المدعى عليه فان نكل
حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف
الدليلين اعني الدين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه
واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك
حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح غمسه خلى سبيله لقوله تعالى
(وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاخره به قال احمد وروى عن عمر بن
عبد العزيز وحكى عن ابي حنيفة ان لفرمائه ان يدو رواه حيث دار ولا خلاف
أن البينة اذا اجرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد
الحكم لم يفتض عند مالك وقال الشافعي يفتض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا
يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فلا كثر ان الحكم لا يثبت وقال
بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند
مالك ان الشهاده بعضهم ما انظروا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك

لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا
الدية وان اقرروا افيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿ الباب السادس ﴾

وامامتي يقضى فيها ما يرجع الى حال القاضى في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله
ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فامامتي يقضى القاضى
فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو
غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض
التي تنوقه عن القهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فانفقوا فيما اعلم على
انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان انتهى يدل على
فساد المنهى عنه وامامتي ينفذ الحكم عليه بعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى ثبوت هذا
هو ان يحق حجة المدعى أو يدحضها وهل لادان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول
مالك والاشهر انه يسمع فيها كان حثا لله مثل الاحباس والعق ولا يسمع في غير ذلك وقيل
لا يسمع بعد ثبوت الحكم وهو الذي يسمي التميز قيل لا يسمع منها مجيء وقيل بالفرق بين
المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقيل الاعذار
واذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج
في رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراؤه منه ان انكره او يعترف له به ان أقر
فلا مستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي
يشتره منه فان عطف في يد المستحق فهو ضامن له وان عطف في أثناء الحكم عن ضمانه اخلف
في ذلك فقيل ان عطف بعد الثبات فضاياه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم
وأما بعد الثبات وقيل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبى أن تعلم
ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به بالحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب
هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به بالحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه
وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء
في اواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن نقدر اننا ان نذكر ايضا من هذا الجنس المشهور
منه ان شاء الله تعالى وينبى قبل هذا ان نعلم ان السنين المشروعة العملية المقصود منها هو

الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي اجناس السنن التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزيادة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي عن المنكر والامر بالمعروف وهي المحبة والبغضة أي الدينية التي تكون امام من قبل الاخلال بهذه السنن وامام من قبل سوء المعتقد في الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الاجناس الاربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التي هي كالشرط في تثبيت هذه الفضائل كل كتاب الاقضية وبكالة تثبت كل جميع الدبوان والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

(تم الكتاب والحمد لله رب العالمين)

ورد لنا قريظ كتاب بداية المجتهد من حضرة الفاضل صاحب الامضاء
والكتاب على آهة التمام فجعلناه خاتمة له وشكرا للمقرظ

يا طالبي الققه هذا السفر فيه بدا
يريكوا كل برهان ومستند
لله ناسره (الخنجي) بينكم
وشبخنا (شاكرك) لله همته
ما للعلوم جفتها النفس وابعدت
الناشرون كثير قال قائلهم
ويحي على العلم تطويه صحائفه
مبدأ المجتهد . مني لقتصد
من الحديث ويهديكم الى الرشيد
فذي مآثره في الاعصر الجدي
لولا الغرائم بالاعمال لم نسد
عنها فاضحي بنو الإنسان في نكد
ها قد نشرت . فهل من آخذيدي؟
وان لمتنا مريد العلم لم نجد
محمد عبدالله الجزار

بمشيخة الاسكندرية بالسنة السابعة



اعلان

﴿ من المطبعة الجمالية ﴾

الكاتبة بمحارة الروم بمنطقة التتري نمره ٩ : بتوفيق الله تعالى وعونه قد تم لنا تأسيس المطبعة المذكورة على أكل استعداد وقد أحضرنا لها جملة ما كليات للطبع والتجليد من الطرز الجديد وقد أعددتنا لها الكميات الوفيرة من سائر اجناس الحروف الاسلاموية والمصرية والافرنكية ذات الشكل الجميل والرونق الجليل مع كامل الادوات وأننا مستعدون لقبول المقاولات لطبع الكتب العربية العلمية والافرنكية كبيرة كانت أو صغيرة بشكل وبدونه بأجرة معتدلة مع المحافظة على مواعيد المقاولات: وكذلك أعددتنا الاصناف الكثيرة من الورق اللازم لطبع الكتب والنوسبات والكرت فزيت والجوابات والاطرف والكميالات والفواير وخلافه فمن رغب المقاوله على طبع الكتاب وورقه ونجليده فله ذلك مع الاعتماد على أن أسعار الورق عندنا هي أرخص قيمة من أسعاره الموجودة في السوق لاستحضارنا إياه من معاملته في أوروبا رأساً والخبرة أعدل شاهداً

﴿ اصحاب المطبعة ﴾

(محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه — واحمد عارف)



الجزء الثاني

(من كتاب)

﴿ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ﴾

﴿ للامام ابن رشد ﴾

مخيفة

- | | | |
|----|--|----|
| •• | ﴿ كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب ﴾ | •• |
| •• | (الباب الاول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل) | •• |
| •• | المسألة الاول في حكم النكاح | •• |
| ٣ | » الثانية في خطبة النكاح | ٣ |
| ٣ | » الثالثة في حكم الخطبة على الخطبة | ٣ |
| ٣ | » الرابعة في حكم النظر الى المخطوبة | ٣ |
| ٣ | الباب الثاني في موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان | ٣ |
| ٣ | الركن الاول في الكيفية : والنظر فيه في مواضع | ٣ |
| ٣ | الموضع الاول الاذن في النكاح | ٣ |
| ٤ | الموضع الثاني فحين المتبرق قوله في صحة العقد | ٤ |
| ٦ | الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا | ٦ |
| ٧ | الركن الثاني في شروط العقد : وفيه فصول | ٧ |
| ٧ | (الفصل الاول) في الاولياء : والنظر فيه في أربع مواضع | ٧ |
| ٧ | الموضع الاول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا | ٧ |

- ١٠ الموضوع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
- ١٠ الموضوع الثالث في اصناف الولاية عند القائلين بها
- ١١ مطلب في سبب اختلافهم في الجد وفيه مسائل
- ١١ المسئلة الاولى في حكم الاب يدمع الاقرب
- ١٢ » الثانية في غياب الولي الاقرب
- ١٢ » الثالثة في حكم غيبة الاب عن ابنته البكر
- ١٣ الموضوع الرابع في عضل الاولياء
- ١٤ الفصل الثاني في الشهادة
- ١٥ الفصل الثالث في الصداق وفيه مواضع
- ١٥ الموضوع الاول في حكمه وأركانه : وفيه أربع مسائل
- ١٥ المسئلة الاولى في حكمه
- ١٥ المسئلة الثانية في قدره
- ١٦ » الثالثة في جنسه
- ١٨ الموضوع الثاني في تقرر جميعه للزوجة
- ١٩ » الثالث في تشطيره
- ٢١ » الرابع في التفويض : وفيه مسئلتان
- ٢٢ المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
- ٢٢ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
- ٢٣ الموضوع الخامس في الاصدقة الفاسدة : وفيه خمس مسائل
- ٢٣ المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق محرراً
- ٢٣ » الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع
- ٢٣ » الثالثة فيما اذا اشترط في الصداق حيا على الاب
- ٢٤ » الرابعة في الصداق يستحق أو يوجد به عيب
- ٢٤ » الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق
- ٢٥ الموضوع السادس في اختلاف الزوجية في الصداق

الركن الثالث في معرفة محل العقد: وفيه أربعة عشر فصلا	٢٦
(الفصل الاول) في مانع النسب	٢٧
(الفصل الثاني) مانع المصاهرة: وفيه أربع مسائل	٢٧
المسئلة الاولى في بنت الزوجة	٢٨
» الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة	٢٨
» الثالثة في حكم الام المعقود على بنتها	٢٨
» الرابعة في ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا	٢٩
(الفصل الثالث) في مانع الرضاع: وفيه تسعة مسائل	٢٩
المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن	٢٩
» الثانية في رضاع الكبير	٣٠
» الثالثة في المولود يقط قبل الحولين ثم ترضعه امرأة	٣١
» الرابعة في حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع	٣١
» الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره	٣١
» السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الحلق أم لا	٣٢
» السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أباً للرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا	٣٢
المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع	٣٢
» التاسعة في صفة الرضاع	٣٣
(الفصل الرابع) في مانع الزنا	٣٣
» الخامس في مانع العدد	٣٤
» السادس في مانع الجمع	٣٤
» السابع في موانع الرق	٣٥
» الثامن في مانع الكفر	٣٦
» التاسع في مانع الاحرام	٣٨
» العاشر في مانع المرض	٣٨

صحيفة	
» الحادى عشر فى مانع العدة	٣٩
» الثانى عشر فى مانع الزوجية : وفيه مسئلتان	٤٠
المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان	٤٠
المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر	٤١
(الباب الثالث) فى موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول	٤١
(الفصل الاول) فى خيار الميوب	٤٢
» الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة	٤٣
» الثالث فى خيار القصد	٤٣
» الرابع فى خيار العتق	٤٤
(الباب الرابع) فى حقوق الزوجية	٤٥
(الباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها	٤٧
مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة الاول منها نكاح الشغار	٤٧
الثانى نكاح المتعة	٤٨
الثالث نكاح الخطبة على الخطبة	٤٨
الرابع نكاح المحلل	٤٨
مطلب فى الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع	٤٨
مطلب فى حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت	٤٩
(كتاب الطلاق) وينحصر فى أربع مجلد	٥٠
المجلد الاول فى أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب	٥٠
(الباب الاول) فى ان الطلاق بائن ورجعى : وفيه ثلاث مسائل	٥٠
المسئلة الاولى فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث	٥٠
» الثانية فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق	٥١
» الثالثة فى كون الرق مؤثرا فى خصان عدد الطلاق	٥٢
(الباب الثانى) فى معرفة الطلاق السنى من البدعى : وفيه ثلاث مواضع	٥٢
الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاق فى العدة	٥٢

- ٥٣ الموضوع الثاني هل المطلق يلغظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
- ٥٣ الموضوع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض : وفي هذا الموضوع أربع مسائل
- ٥٣ المسئلة الأولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
- ٥٤ » الثانية أن وقع فهل يحير على الرجعة أم يؤرق قط
- ٥٤ » الثالثة متى وقع الطلاق بعد الإجماع أو الندب
- ٥٤ » الرابعة متى وقع الإجماع
- ٥٥ (الباب الثالث) في الخلع وفيه أربعة فصول
- ٥٥ (الفصل الأول) في جواز وقوعه
- ٥٥ (الفصل الثاني) في شروط جواز وقوعه : وفيه أربع مسائل
- ٥٦ المسئلة الأولى في مقدار ما يجوز أن تختلف به
- ٥٦ » الثانية في صفة الموض
- ٥٦ » الثالثة فيما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
- ٥٦ » الرابعة فمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
- ٥٧ (الفصل الثالث) في نوع الخلع أعني هل هو طلاق أو فسخ
- ٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الأحكام
- ٥٨ (الباب الرابع) في تمييز الطلاق من الخلع
- ٥٩ (الباب الخامس) في التصخير والتحكيم
- ٦١ الجملة الثانية في أركان الطلاق : وفي هذا الجملة ثلاث أبواب
- ٦١ (الباب الأول) في أفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- ٦١ (الفصل الأول) في أنواع أفاظ الطلاق الطلقة
- ٦١ مطلب قانما اختلافهم في أحكام صريح أفاظ الطلاق قهيهمسئلان
- ٦٢ المسئلة الأولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- ٦٢ » الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٦٥ (الفصل الثاني) في أنواع أفاظ الطلاق المفيدة
- ٦٧ (الباب الثاني) في فصل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٦٩ (الباب الثالث) فمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
- ٧٠ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق وفي هذا الجملة بلان

- ٧٠ (الباب الاول) في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي
- ٧١ (الباب الثاني) في أحكام الارجاع في الطلاق البائن
- ٧٣ المجلة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بابان
- ٧٣ (الباب الاول) في العدة وفيه فصلين
- ٧٣ (الفصل الاول) في عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
- ٧٣ النوع الاول في معرفة المدة
- ٧٧ مطلب وامان الزوجات غير الحرائر (١)
- ٧٨ النوع الثاني في معرفة أحكام العدة
- ٧٩ مطلب في الكلام على عدة الموت
- ٧٩ مطلب في امان يتوفى عنها زوجها
- ٨٠ الباب الثاني في المنة
- ٨١ باب في بحث الحكمين
- ٨٢ ﴿ كتاب الایلاء : وفيه عشرة مسائل ﴾
- ٨٣ المسئلة الاولى في اختلافهم هل تطلق المرأة باقضاء الاربعه اشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا
- المسئلة الثانية في انمين التي يكون بها الایلاء
- » الثالثة في لحوق حكم الایلاء للزوج اذا ترك الوطء
- ٨٤ » الرابعة في مدة الایلاء
- » الخامسة في الطلاق الذي يقع بالایلاء
- » السادسة هل يطلق القاضى اذا أبى النقي او الطلاق او يحبس حتى يطلق
- » السابعة هل يتكرر الایلاء اذا طلقها ثم راجعها
- ٨٥ » الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة او ليس تلزمها
- » التاسعة واما الایلاء البعد
- ٨٦ » العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطلق في العدة أم لا
- ١ هذا المطلب هو الفصل الثاني في عدة ملك النبی الذي جملة المؤلف أحد فصول الباب الاول من المجلة الرابعة

- ﴿ كتاب الظهار : وفيه سبعة فصول ﴾
- ٨٧ (الفصل الاول) في لفظ الظهار
- » الثاني في شروط وجوب الكفارة
- ٨٩ » الثالث فمن صح فيه الظهار
- ٩٠ » الرابع فيما يحرم على المظاهر
- ٩١ » الخامس هل يكرر الظهار بكرر النكاح
- » السادس هل الايلاء عليه
- ٩٢ » السابع في أحكام كفارة الظهار
- ٩٥ ﴿ كتاب اللعان : ويشتمل على خمسة فصول ﴾
- ٩٦ (الفصل الاول) في أنواع الدعاوى الموجهة له وشروطها
- ٩٨ » الثاني في صفات المتلاعنين
- ٩٩ » الثالث في صفة اللعان
- » الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه
- ١٠٠ » الخامس في الأحكام اللازمة تمام اللعان
- ١٠١ ﴿ كتاب الاحداد ﴾
- ١٠٣ ﴿ كتاب البيوع : وينقسم الى ستة أجزاء ﴾
- ١٠٤ الجزء الاول في تعريف أنواع البيوع المطلقة
- » الثاني في تعريف اسباب افساد العامة في البيوع المطلقة وفيه ابواب
- » الباب الاول في الاعيان المحرمة للبيع
- ١٠٥ وأما ما حرم يمه وليس بنجس
- ١٠٦ (الباب الثاني) في بيوع الربا ويختصر في اربعة فصول
- ١٠٧ (الفصل الاول) في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء
- ١١٠ » الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
- » الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامر ان جيما
- ١١٢ » الرابع في معرفة ما يند صغاً واحداً مما لا يند صغاً واحداً

- ١١٣ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم
 » واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت
 ١١٤ » ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل
 ١١٥ فصل واما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بحسنه من اليابس الخ
 ١١٦ باب في بيع الذرائع الربوية
 ١١٧ مسألة في بيع الشيء بمن ثم تشريه بأكثر منه
 ١١٨ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
 ١٢٠ (الفصل الاول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
 ١٢١ » الثاني في الاستغادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط
 » الثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام ميكلا وجزا
 ١٢٢ (الباب الثالث) في البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الفرر
 ١٢٩ فصل واما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها فقها مسائل
 ١٣٢ (الباب الرابع) في بيع الشروط والثنا
 ١٣٧ (الباب الخامس) في البيوع المنهي عنها من اجل الضرر والغبن
 ١٣٨ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان للبيع الخ
 فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي
 ١٣٩ فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن التجش الخ
 ١٤٠ (الباب السادس) في النهي من قبل وقت العبادات
 ١٤١ القسم الثاني في الاسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
 (الباب الاول) في المقد وفيه أركان
 الركن الاول في صيغ العقد
 ١٤٣ » الثاني في العقود عليه
 » الثالث في العاقدين
 ١٤٤ القسم الثالث القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحة: وفيه أربع مجل
 المجلة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات: وفيها بابان

- ١٤٥ (الباب الاول) في أحكام الميوب في البيع المطلق: وفيه خمسة فصول
 الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها حكم بوجود الميب من التي لا يجب ذلك فيها
 » الثاني في معرفة الميوب التي توجب الحكمة وما شرطها الموجب للحكم فيها وفي
 هذا الفصل نظران
- النظر الاول في الميوب التي توجب الحكمة
 ١٤٦ » الثاني في الشرط الموجب له
- ١٤٨ (الفصل الثالث) في معرفة حكم الميب الموجب اذا كان للمبيع لم يتغير
 فصل واحد قد قلنا ان المشتري اخط
- ١٤٩ مطلب واما المسئلة الثانية في رجلين يتاعان شيئاً واحداً
 (الفصل الرابع) في معرفة أصناف التصعيرات الخادنة عند المشتري وحكمها
- ١٥١ باب في طرور وانقضاء
- ١٥٢ (الفصل الخامس) في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين
- ١٥٣ (الباب الثاني) في بيع البراءة
- ١٥٥ القول في الجوائح وينحصر في أربعة فصول
- ١٥٦ (الفصل الاول) في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح
 (الفصل الثاني) في محل الجوائح من المبيعات
- » الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
- ١٥٧ » الرابع في الوقت الذي يوضع فيه
- الجملة الثالثة في تابسات المبيعات : وفيه مستلذان
- المسئلة الاولى في بيع النخل وفيها الثمر
- » الثانية في بيع مال العبد
- ١٦٠ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين
- ١٦١ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع
- ١٦٢ (كتاب الصرف: وفيه مسائل)
- ١٦٣ المسئلة الاولى في بيع الذهب بالذهب وحكمه

- ١٦٤ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى ببيع بالقصة
» الثالثة في شرط الصرف
- ١٦٥ » الرابعة في من اصطفى دراهم بدنانير الخ
» الخامسة اجمع العلماء على ان المراهطة جائزة في الذهب النخ
- ١٦٦ » السادسة في الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير ولا تخثر عليه دراهم
- ١٦٧ » السابعة في البيع والصرف في مذهب مالك
(كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب)
الباب الاول في محله وشروطه
- ١٦٨ مطلب واما شر وطه فتنبها يجمع عليها ومنها يختلف فيها
- ١٧١ (الباب الثاني) فيما يجوز من السلم بدل ما انعقد عليه السلم : وفيه مسائل
مسئلة فمين أسلم في شيء من التمر وتقدر تسلمه
مسئلة في مبيع السلم فيه اذا كان الاجل من المسلم اليه
- ١٧٢ مسئلة في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ
مسئلة فيما اذا قدم المبتاع في السلم طلب الاقالة
- ١٧٣ مسئلة فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل النخ
مسئلة فمين أسلم الى آخر أو باع منه طعاماً على مكيلة ما النخ
- (الباب الثالث) في اختلاف المتبايعين في السلم
- ١٧٤ » كتاب بيع الخيار والنظر في اصول هذا الباب : وفيه مسائل
- ١٧٦ مطلب واما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا
- ١٧٧ » » » السادسة فمين يصح خياره
- ١٧٨ » كتاب بيع المراهمة : وفيه بيان
- (الباب الاول) فيما يضمن رأس المال عملاً لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز ان يني
عليه الرجوع
١٧٩. (الباب الثاني) في حكم ما وقع من الزيادة والنقصان في خير البائع بالتمن
- ١٨٠ » كتاب بيع العربة

- ١٨٣ ﴿ كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والقساد
١٨٦ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٩٠ القسم الثاني في معرفة أحكام الاجارات : وينحصر في مجلتين
الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه
١٩١ « الثانية في أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
(الفصل الاول) منه وهو النظر في القسوخ
١٩٣ « الثاني وهو النظر في الضمان
١٩٤ « الثالث وهو النظر في الاختلاف
١٩٦ ﴿ كتاب الجمل ﴾
١٩٧ ﴿ كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
(الباب الاول) في محله
١٩٨ « الثاني في مسائل الشروط
٢٠٠ القول في احكام القراض
٢٠١ « « الطوارئ
٢٠٢ « « القراض الفاسد
٢٠٣ « في اختلاف المتقارضين
٢٠٤ ﴿ كتاب المساقات ﴾
القول في جواز المساقات
٢٠٥ القول في صحة المساقات : وفيه أربعة أركان
الركن الاول في محل المساقات
٢٠٦ الركن الثاني في العمل
٢٠٧ الركن الثالث في صفة العمل الذي تنمقد عليه
٢٠٨ الركن الرابع في المدة التي يجوز فيها وتنمقد عليها
٢٠٨ القول في أحكام الصحة في المساقاة

٢٠٩ أحكام المساقاة الفاسدة

٢١٠ ﴿ كتاب الشركة ﴾

القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان

الركن الاول محلها من الاموال: وفيه ثلاث مسائل

المسئلة الاولى فيما اذا اشترى كافي صنفين من العروض

٢١١ المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء

المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد

الركن الثاني في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه

الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال

القول في شركة المقايضة

٢١٣ القول في شركة الابدان

القول في شركة الوجوه

٢١٤ القول في أحكام الشركة الصحيحة

﴿ كتاب الشفعة : وفيه قسمان ﴾

القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه

الركن الاول في الشافع

٢١٥ الركن الثاني في المشفوع عليه

٢١٦ ١ الركن الثالث في المشفوع فيه

٢١٧ ٢ الرابع في الاخذ بالشفعة : وفيه مسائل

٢١٨ المسئلة الاولى في كيفية توزيع المشفوع فيه

٢١٩ ٣ الثانية في الاشتراك للذين هم عصبية في الشفعة

٢٢٠ القسم الثاني في أحكام الشفعة

٢٢٢ ﴿ كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب ﴾

(الباب الاول) في انواع القسمة

القسم الاول من هذا الباب في قسمة رقاب الاموال

- ٢٢٢ القسم الثاني وأما الرقاب فتقسم إلى ثلاثة أقسام
- ٢٢٣ (الفصل الأول) في الرابع والأصول
- ٢٢٤ » الثاني في المروض
- ٢٢٥ » الثالث في المكيل والموزون
- ٢٢٦ القول في القسم الثاني وهو قسمة المتافع
- ٢٢٧ » في الأحكام والقسمة من العقود اللازمة
- ٢٢٨ ﴿ كتاب الرهن ﴾
- الركن الأول في الرهن
- » الثاني في الرهن
- ٢٢٩ » الثالث في المرهون فيه
- ٢٣٠ القول في الشروط
- ٢٣١ » في الأحكام
- مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم في نماء الرهن المنفصل
- ٢٣٤ ﴿ كتاب الحجر: وفيه ثلاثة أبواب ﴾
- (الباب الأول) في أصناف الحجرين
- ٢٣٥ » الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم
- ٢٣٦ الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة
- ٢٣٨ ﴿ كتاب التغليس ﴾
- ٢٤٦ ﴿ كتاب الصلح ﴾
- ٢٤٧ ﴿ كتاب الكفالة ﴾
- ٢٥٠ ﴿ كتاب الحوالة ﴾
- ٢٥٢ ﴿ كتاب الوكالة: وفيها ثلاثة أبواب ﴾
- (الباب الأول) في أركانها: الركن الأول في الموكل
- الركن الثاني في الوكيل وشروطه
- ٢٥٣ الركن الثالث فيها فيه التوكيل

- ٢٥٣ الركن الرابع في معنى الوكالة
(الباب الثاني) في أحكام الوكالة
- ٢٥٤ (الباب الثالث) في مخالفة الموكل للوكيل
- ٢٥٥ ﴿ كتاب اللقطة — والنظر فيه في مجلتي ﴾
- الجملة الأولى في أركانها
- ٢٥٦ الجملة الثانية في أحكامها
- ٢٥٩ باب في اللقطة والنظر في أحكام الالتقاط والمقتط
- ٢٦٠ ﴿ كتاب الوديعة ﴾
- ٢٦٢ ﴿ كتاب العارية ﴾
- ٢٦٥ ﴿ كتاب النصب وفيه بيان : الأول في الضمان وفيه أركان ﴾
- الركن الأول في بيان الموجب للضمان
- » الثاني فيما يجب فيه الضمان
- ٢٦٦ » الثالث في الواجب في النصب والواجب على الغاصب
- (الباب الثاني) في الطوارئ على المنصوب
- ٢٦٢ ﴿ كتاب الاستحقاق وأحكامه ﴾
- ٢٧٤ ﴿ كتاب الهبة ﴾
- ٢٧٧ القول في أنواع الهبات
- ٢٧٩ » في أحكام الهبات
- ٢٨٠ ﴿ كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم إلى قسمين ﴾
- القسم الأول النظر في الأركان — الركن الأول الموصي
- القول في الموصي به
- ٢٨١ » في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية
- ٢٨٢ » في الأحكام وهو القسم الثاني
- ٢٨٣ ﴿ كتاب القراض ﴾
- ٢٨٥ مطلب في ميراث الصلب

- ٢٨٦ مطلب في ميراث الزوجات
- ٢٨٧ » في ميراث الأب والأم
- ٢٨٨ » في ميراث الأخوة للام
- » في ميراث الأخوة للأب والأم وأللاب
- ٢٩٠ » في ميراث الجد
- ٢٩٣ » في ميراث الجدات
- ٢٩٤ باب في الحجب
- ٣٠٣ » في الولاء وفيه مسائل مشهورة
- المسئلة الاولى في ان من اعتق عبده عن نفسه قان ولائله
- » الثانية فمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائله أولا
- » الثالثة فيما اذا قال السيد لبيده أنت سائبة
- » الرابعة في العبد المسلم اذا اعتقه النصراني
- » الخامسة في ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه باعتهن
- ٣٠٥ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
- ٣٠٦ (كتاب المتق)
- ٣١٣ (كتاب الكتابة)
- القول في مسائل العقد
- ٣١٧ » في المكاتب - وفيه خمسة أجناس
- الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
- ٣١٨ » الثاني متى رق المكاتب
- ٣١٩ » الثالث في حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة
- ٣٢٠ » الرابع فمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل
- ٣٢١ » الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
- ٣٢٣ مطلب في شروط الكتابة
- ٣٢٥ (كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه)

محنة

- ٣٢٥ الركن الاول في أركانه
- ٣٢٦ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
- الجنس الاول مما اذا يخرج المدر
- ٣٢٧ » الثاني ما يبق فيمن أحكام الرق مما ليس يبق فيه
- » الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه
- ٣٢٨ » الرابع في مبطلات التدبير الطارئة عليه
- » الخامس في أحكام تبويض التدبير
- ٣٢٩ ﴿ كتاب أمهات الاولاد: وفيه مسائل ﴾
- ﴿ كتاب الجنائيات
- ٣٣١ ﴿ كتاب القصاص: وينقسم الى قسمين ﴾
- القسم الاول القصاص في النفوس
- القول في شروط القاتل
- ٣٣٦ » في الموجب
- ٣٣٨ » في انقصاص
- ٣٣٩ ﴿ كتاب الجراح ﴾
- القول في الجراح
- ٣٤٠ » في المجروح
- » في الجرح
- ٣٤٧ مطلب متى يستفاد من الجرح
- ﴿ كتاب الدييات في النفوس ﴾
- ٣٤٧ مطلب ومما يدخل في هذا الباب دية الجنين
- ٣٥٠ ﴿ كتاب الدييات فيما دون النفس ﴾
- ٣٥٢ القول في دييات الاعضاء
- ٣٥٧ ﴿ كتاب القسامة وفيه مسائل ﴾
- ٣٥٧ المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على الجملة

(١٧)

- ٣٥٨ المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
٣٥٩ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبدأ بالإيمان المحسن
٣٦٠ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند القائلين بها
٣٦٢ ﴿ كتاب الاحكام في الزنا ﴾
(الباب الاول) في تعريف الزنا
٣٦٣ (الباب الثاني) في أصناف الزناة
٣٦٦ (الباب الثالث) في العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يشترط به الزنا
٣٦٨ ﴿ كتاب القذف ﴾
٣٧٠ باب في شرب الخمر والكلام على هذه الجنابة
٣٧٢ فصل وأما بماذا يثبت هذا المدّعى
٣٧٢ ﴿ كتاب السرقة ﴾
٣٧٦ فصل وأما جنس المروق فإن العلماء على
٣٧٧ القول في الواجب في هذه الجنابة
٣٧٩ القول فيما يثبت به السرقة
٣٧٩ (كتاب الحرابة وفيه ابواب)
٣٨٠ (الباب الاول) النظر في الحرابة
٣٨٠ (الباب الثاني) النظر في المحارب
٣٨٠ (الباب الثالث) فيما يجب على المحارب
٣٨٢ (الباب الرابع) في مسقط الواجب عنه وهي التوبة
٣٨٢ (الباب الخامس) بماذا يثبت هذه الجنابة
٣٨٣ فصل في حكم المحاربين على التأويل
٣٨٣ باب في حكم المرتد

٣٨٤ (كتاب الاقضية) وفيه ستة أبواب

(الباب الاول) في معرفة من يجوز قضاؤه

٣٨٥ (الباب الثاني) في معرفة ما يقضى به

٣٨٦ (الباب الثالث) في معرفة ما يقضى فيه وفيه فصول

الفصل الاول في الشهادة

٣٨٩ الفصل الثاني في الاعيان

٣٩١ الفصل الثالث في النكول

٣٩٣ الفصل الرابع في الاقرار

٣٩٤ (الباب الرابع) في معرفة من يقضى عليه اوله

(الباب الخامس في كيفية القضاء)

٣٩٦ (الباب السادس) في وقت القضاء

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجواب الآخر من صاحب الامضاء بقرطفيه ابن رشد وكتابه فنشرناه هنا
للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سیدی

سلاماً واحتراماً وبعد فان كتاب ابن رشد الذي بعثوه من مرقدہ وأبقوه نبأنا خناً
قد وقع منام واقع الماء من ذی القعدة الصادی وأکبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم
فتياما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذا الكلمة لتدرج مع الكتاب
ولازلت سابق غايات منقباً غنا ينفع أمته ووطنك حائزاً شكر الجميع

(وها هي الكلمة)

الى الحكيم الراقد في جدته الهاني بضمجهم تحفه مسعته من النور الالهی وعليه
حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدي غاديات من الدعوات واستقر لهوا بلا من صيب الرحمت لله أنت أيتها
الزوح الخالدة المائدة الى محلها الارفع قد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع
القمع على خابط ليل ضل السيل وخانه الليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب
أرضاً قابلة فانبثت الكلام والعشب وأصاب منها الكثير

أنت فينا ماشاء الله أن تخوي وخلفت لك آثاراً جطلت لك مقصد صدق في كل نفس ثم
عدت سيرتك الاولى

بسم الله بجرالك ومرسالك وطلوعك وما واك وتأويك ومسراك أي جوحواك وأي
آمال وسعتك وأي جسم تحمل مازومين

وإذا كانت النفوس كباراً • تعبت في مرادها الاجسام

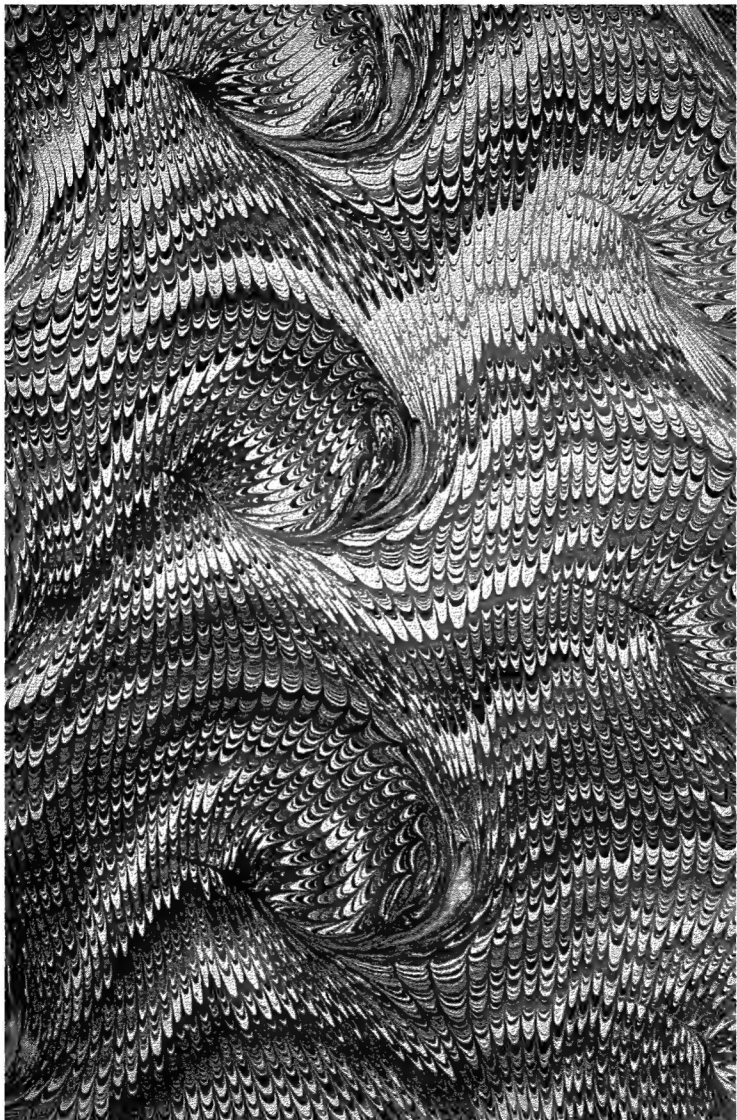
ينازلك بين يدي فينا غورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها

(٢٠)

وأعتك درها وانهلك خيرها فلا يظن انك تعلمين غيرها اذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين
الحشا والنفود وسهلت لك حزنها ووردت منها عذابا زائرا عاباه وسائنا شرابه وهذا
كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر
الا أنه كلم

أنزه في رياض السلم نفسي * وأعدو في مسارحها وأمسي
أمتع ناظري فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الزاح عندي * ومن خد الظباء خدود طرس
وقدرت الرياض فتحت روضا * به قد غبت عن نفسي وحي
كانّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بسد رمي
كتابا كه فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
يمزق من ظلام الشك ثوبا * كما طرد الدجنة ضوء شمس
محمد أحمد عرفه







Bibliotheca Alexandrina



0420860